Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100



Edizioni
Ca'Foscari

Vol. 3 – Num. 1
Giugno 2014

Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Quaderni del Progetto Dottorale
di Alta Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici
del Dipartimento di Economia
dell'Università Ca' Foscari Venezia

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing
Università Ca' Foscari Venezia
Dorsoduro 3246
30123 Venezia
http://www.edizionicafoscari.unive.it/riv/exp/25/RicercheGiuridiche

Ricerche giuridiche
Rivista semestrale

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia Ca' Bottacin, Dorsoduro 3911, 30123 Venezia, Italia ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di *workshop* dottorali, commenti a sentenza, ecc.).

2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.

3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.

4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.

5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.

6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgano gli atti di convegni.

Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 3 – N. 1 – Giugno 2014

Sommario

OSSERVATORIO

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:
A. Antonucci, E. Camilleri, L. Di Brina, G. Di Rosa, L. Ferrara, M. Olivetti, F. Seatzu, U. Troiano

Saggi

Ricerche giuridiche ISSN 2281-6100
Vol. 3 – Num. 1 – Giugno 2014

Il G8 e il G20: Istituzioni globali in un mondo in difficoltà

Bruno Archi
(Già Vice Ministro degli Affari Esteri)

Abstract The article is about G8 and G20 and their role in dealing with the global crisis. The structure and the evolution of these two international forums will be analysed in order to understand whether they could reach their initial goals.

La riflessione in corso su un tema di politica estera di spiccato rilievo quale il G8 e il G20 scaturisce dalla sempre maggiore centralità dei tentativi da parte della comunità internazionale di contenere gli effetti della crisi globale e rilanciare una crescita economica forte, equilibrata e sostenibile.

In questa prospettiva, appare opportuno non solo soffermarsi sulla nascita, sullo sviluppo e sull'organizzazione di questi due fori internazionali, ma anche comprendere in che misura il G8 e il G20 siano riusciti a raggiungere gli obiettivi per i quali sono stati inizialmente concepiti.

Storicamente, sia il G8 che il G20 non nascono come organizzazioni internazionali, bensì come una serie di incontri informali di massimo livello, che nel corso degli anni si sono progressivamente strutturati, e le cui finalità rispondevano all'esigenza d'instaurare delle relazioni politiche pacifiche e di promuovere l'equilibrio economico mondiale.

In particolare, l'obiettivo iniziale per cui il G8 venne inizialmente concepito fu quello di affrontare le crisi economiche che caratterizzarono la metà degli anni Settanta, in particolare lo shock petrolifero e la riforma del sistema monetario internazionale dopo la fine del sistema di Bretton Woods e l'abbandono della convertibilità in oro del dollaro.

Pertanto, le maggiori democrazie industrializzate decisero – su iniziativa del Governo francese – di organizzare un incontro in occasione del quale avviare in maniera del tutto informale alcune discussioni sulle possibili misure da adottare per far fronte alla grave situazione economico-finanziaria.

All'incontro, che si tenne per la prima volta nel 1975 a Rambouillet, presero parte i Capi di Stato e di Governo dei sei principali paesi industrializzati, ossia Gran Bretagna, Francia, Germania, Stati Uniti, Italia e Giappone. Nel 1977, con l'ingresso del Canada, il G6 diventò G7 e nello stesso anno fu invitata a partecipare anche la CEE (Comunità Economica

Europea). Attualmente l'Unione Europea è rappresentata ai Vertici del G8 dal Presidente del Consiglio Europeo e dal Presidente della Commissione.

L'Unione Sovietica fu coinvolta soltanto nel 1991, in occasione del Vertice G7 di Londra. Il formato G7+1 fu avviato soltanto con il Vertice di Napoli nel 1994, ma occorrerà attendere il 1997 affinché la Russia possa essere considerata a pieno regime nel G8.

Le caratteristiche principali che contraddistinguono i lavori del G8 sono rappresentate dal carattere intergovernativo del processo preparatorio e la sua informalità.

Il metodo utilizzato in entrambi i fori, come si avrà modo di vedere nei successivi paragrafi, è basato sulla cooperazione, sulla concertazione e sul dialogo tra i diversi paesi.

La presidenza del gruppo, che ruota su base annuale, ne influenza in misura notevole l'agenda. Quest'ultima si basava essenzialmente su questioni di carattere economico-finanziario ma, nel corso degli anni, si è gradualmente ampliata. Se negli anni ottanta i Vertici G8 iniziarono a trattare questioni politiche e di sicurezza, sarà soltanto a partire dagli anni novanta che l'agenda dei Summit inglobò questioni relative al commercio, ai cambiamenti climatici e alla non proliferazione nucleare. Pertanto, accanto ai vertici di stato e di governo, a seconda dei temi posti all'ordine del giorno, i Capi di Stato e di governo predispongono le riunioni di ulteriori consigli ministeriali, che si incontrano secondo la programmazione dei lavori decisa dalla presidenza.

Tali consigli ministeriali hanno, tra l'altro, l'incarico di rappresentare il G8 nelle conferenze internazionali e di mantenere costanti contatti con le organizzazioni non governative dalle quali ricevono rapporti, proposte e documentazione.

I Capi di Stato e di governo possono infine istituire collegi di esperti per coadiuvare l'attività dei ministri, dal carattere prevalentemente temporaneo.

Il summit G8 rappresenta quindi soltanto la fase conclusiva di un lungo e delicato lavoro di preparazione. In linea generale, esso si svolge in tre giornate e si articola in sessioni separate del G7 e del G8 per concludersi il terzo giorno con la presentazione dei documenti finali nel corso della conferenza stampa tenuta dal presidente di turno del Gruppo. Le Dichiarazioni dei Capi di Stato e di Governo alla fine di ciascun summit contengono, nella loro straordinaria articolazione, impegni di carattere politico su tematiche di spiccato rilievo e di elevata attualità nell'ambito della comunità internazionale.

A partire dagli anni Novanta, la liberalizzazione dei mercati dei capitali, insieme all'ascesa delle economie emergenti e alla complessità delle nuove sfide globali, come la lotta alla povertà e le politiche di sviluppo, hanno spinto il G8 a promuovere il dialogo con i Paesi in Via di Sviluppo, in particolare con l'Africa.

Dal Vertice del 2007, tenutosi in Germania, è stato avviato un dialogo con le principali economie emergenti – Brasile, Cina, India, Messico e Sudafrica – denominato Processo di Dialogo di Heiligendamm su quattro temi: investimenti, energia, innovazione e sviluppo. La consapevolezza della dimensione globale dei cambiamenti climatici e dell'urgenza di agire ha indotto il G8 a imprimere un forte impulso politico e a coinvolgere attivamente anche le economie emergenti. In questo senso nel 2007 è stato promosso, su iniziativa degli Stati Uniti, il *Major Economies Meeting*, un dialogo rafforzato fra le maggiori economie mondiali al fine di facilitare il buon esito del negoziato ONU per il futuro accordo post 2012 sul clima. Al MEM partecipano 16 Paesi: i Paesi G8, le cinque grandi economie emergenti (Brasile, Cina, India, Messico, Sudafrica), Australia, Corea del Sud e Indonesia.

Nel 1999, in seguito a una successione di crisi finanziarie, è stato possibile assistere ad un ampliamento dei fori di governance globale con la creazione del G20, che prevede una partecipazione più ampia, rivolta soprattutto verso le economie emergenti. Anche il G20, come il G8, nasce con l'obiettivo di affrontare le sfide poste dalla crisi finanziaria e valutaria del 1997 su iniziativa dei Ministri delle Finanze del G7, i quali decisero di creare un nuovo meccanismo di dialogo informale su temi economici e finanziari.

L'esigenza di far fronte e cercare di anticipare l'evoluzione dell'economia mondiale all'interno di un formato più ampio rispetto al G7/G8 nasceva dalla constatazione della rapida ascesa di una serie di Paesi fino a quel momento esclusi o sotto-rappresentanti all'interno dei meccanismi di governance economica globali, in particolare dei cosiddetti BRICS: Brasile, Russia, India, Cina, Sud Africa.

Del G20 fanno attualmente parte sia i Paesi G8, la Turchia, la Repubblica del Sud Africa, l'Arabia Saudita, l'India, l'Indonesia, la Cina, l'Australia, la Corea, il Messico, il Brasile e l'Argentina. Le organizzazioni internazionali partecipanti sono la Presidenza dell'Unione europea, la Banca centrale europea, il Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale.

La prima riunione del G20 si tenne a Berlino nel dicembre 1999 e vide la partecipazione dei Ministri delle Finanze e dei Banchieri centrali dei Paesi membri. A seguito della crisi finanziaria del 2008 gli Stati Uniti decisero di "elevarne" il livello di partecipazione ai Capi di Stato e di Governo (Washington, 14-15 novembre 2008).

I successivi Vertici del G20 vennero organizzati con cadenza quasi semestrale ma a partire dal Summit di Seoul del 2010, si decise di ripristinare la cadenza annuale dei Vertici.

Al Summit di Cannes del novembre 2011 sono state stabilite le presidenze dei successivi quattro anni, tra cui Australia nel 2014 e Turchia nel 2015. È stato inoltre istituito un sistema di rotazione delle Presidenze tra cinque gruppi di Paesi, ossia: Australia, Arabia Saudita, Canada e Stati Uniti nel Gruppo 1; India, Russia, Sud Africa, Turchia nel Gruppo 2; Argentina, Bra-

sile, Messico nel Gruppo 3; Francia, Germania, Italia e Regno Unito nel Gruppo 4; Cina, Indonesia, Giappone e Corea del Sud nel Gruppo 5. È stato altresì stabilito che tale sistema sarà applicato a partire dal 2016.

Anche il G20 non è un'organizzazione internazionale e non dispone di un Segretariato permanente: l'agenda del Gruppo e le sue attività vengono stabilite dalla Presidenza di turno che ruota tra i Paesi membri in consultazione con questi ultimi.

Per assicurare la continuità dei lavori del G20, al Vertice di Cannes del 2011 è stato deciso di istituire meccanismo che consente al Paese che detiene la Presidenza di essere coadiuvato dal Paese che ha esercitato la Presidenza nell'anno precedente e da quello che la eserciterà nell'anno successivo.

Ciascuna Presidenza può decidere di invitare al Summit Stati non membri del G20 e Organizzazioni Internazionali: il numero di Paesi che possono essere invitati è tendenzialmente limitato a cinque, in rappresentanza di diverse aree.

La Presidenza ha durata annuale e ruota fra i diversi paesi. I paesi del G20 sono suddivisi in cinque gruppi geograficamente omogenei. La presidenza passa di anno in anno da un gruppo all'altro. All'interno di ciascun gruppo i paesi si accordano informalmente sul paese da candidare. Per il 2008 la funzione è svolta dal Brasile. Per il 2009 sarà svolta dal Regno Unito.

Il Segretariato, istituito dalla Presidenza, coordina le attività fra i membri del gruppo per l'anno in corso, cura la pubblicazione e diffusione dei documenti, organizza le riunioni. Il Segretariato organizza anche seminari cui partecipano rappresentanti dei paesi membri.

Come nel G8 nel corso degli anni Ottanta e Novanta, anche nel G20 si è assistito, soprattutto a partire dal 2011, ad una progressiva estensione dell'agenda anche a tematiche non economico e finanziarie. In aggiunta alle consuete riunioni dei Ministri delle Finanze (di norma tre all'anno), si sono così tenute Ministeriali tematiche in formato Esteri, Agricoltura, Lavoro, Sviluppo, Commercio, Turismo, che hanno contribuito ad alimentare il processo preparatorio del Vertice. In seno al G20 sono inoltre stati costituiti alcuni gruppi di lavoro ad hoc, ad esempio in materia di coordinamento delle politiche macroeconomiche, riforma dell'architettura finanziaria internazionale, cooperazione allo sviluppo e lotta alla corruzione.

A conclusione dei Vertici G20, i Leader adottano un Comunicato finale (accompagnato eventualmente da alcuni piani d'azione e dai rapporti discussi nell'ambito dei gruppi di lavoro settoriali). La preparazione del Comunicato finale è affidata agli Sherpa G20 (che analogamente al G8, sono i rappresentanti personali dei Capi di Stato o di Governo), a cui è attribuito il negoziato preliminare ed il coordinamento delle diverse tematiche affrontate dal G20.

Per quanto concerne i lavori del G8 e del G20, questi sono principalmente svolti dalle diplomazie nazionali degli stati che ne fanno parte.

Il G8 opera prevalentemente a livello di Capi di Stato e di Governo, che si incontrano una volta l'anno in occasione del Summit. Il vertice in realtà è solo la fase conclusiva di un processo a più livelli, che prevede il coordinamento fra il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), la Presidenza del Consiglio e il Ministero degli Affari Esteri (MAE).

Il coordinamento interministeriale è affidato allo Sherpa, figura chiave che rappresenta personalmente il proprio Capo di Stato e di Governo per tutte le questioni che formano l'agenda del Vertice. L'incarico di Sherpa G8 e G20, che peraltro ho ricoperto come ruolo dal gennaio 2010 al novembre 2011, consiste nell'espletare la funzione di Rappresentante personale del Presidente del Consiglio.

Nella fattispecie, lo Sherpa interviene ed è responsabile del processo preparatorio dei Vertici G8 e G20, e soprattutto interviene nel coordinare la stesura della Dichiarazione finale adottata al termine di ogni vertice.

Inoltre, attraverso costanti contatti con gli altri Paesi membri, comunicano le posizioni e le proposte dei rispettivi Capi di Stato o di Governo sulle principali questioni internazionali contenute nell'agenda. Per quanto concerne l'Italia, il ruolo dello Sherpa è attributo ad un diplomatico di rango di ministro plenipotenziario o di ambasciatore.

Lo Sherpa detiene a sua volta due supplenti: il Foreign Affair Sous Sherpa per le competenze del Ministero degli Affari Esteri e il Financial Sous Sherpa per le competenze del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Sulla base delle indicazioni degli Sherpa, svolgono un ruolo chiave nel negoziato del testo della Dichiarazione finale.

In particolare, essi rappresentano le singole amministrazioni nazionali che agiscono nell'interesse esclusivo e sotto la direzione dei leader dei singoli Paesi. Essi hanno il compito di coordinare i lavori, di mediare tra le diverse posizioni e di negoziare compromessi al fine di far emergere, in relazione ai singoli temi trattati, un indirizzo comune. Su alcune tematiche particolarmente complesse sono stati invece creati dei gruppi di lavoro ad hoc.

Normalmente, ogni Presidenza organizza almeno tre o quattro riunioni per la preparazione del Vertice annuale, nonché alcune successive al fine di assicurarne i seguiti.

I Ministri delle Finanze si incontrano tre volte l'anno in formato G7, insieme ai Governatori delle banche centrali. Incontri preliminari a livello di Deputies (supplenti dei Ministri) e di Deputies' Deputies si svolgono con maggiore frequenza. Una quarta riunione, denominata pre-Summit poiché preparatoria del Summit dei Capi di Stato e di Governo, è in formato G8 (comprende la Russia), ma senza la partecipazione dei Governatori.

Una particolare attenzione deve essere dedicata alla preparazione della documentazione redatta in vista dei summit G8 che G20, in cui non solo è presentato un inquadramento generale sulle tematiche affrontate, ma anche spunti di intervento su ogni punto dell'agenda dei lavori. Oltre ad un inquadramento più generale sulle finalità del vertice, sono alle-

gate le bozze di dichiarazioni finali, suscettibili dei cambiamenti durante la cosiddetta *sherpa night*, la notte del negoziato finale condotto dagli sherpa prima della giornata conclusiva del vertice stesso.

I Comunicati emessi a conclusione delle riunioni dei Ministri finanziari e dei Capi di Stato sono documenti politici che contengono le decisioni assunte circa le misure da adottare e le raccomandazioni ai paesi membri e alle organizzazioni internazionali.

Gli incontri si svolgono a porte chiuse, anche se nel tempo si è affermata la prassi di rilasciare dichiarazioni finali o comunicati, e la presidenza tiene una conferenza stampa conclusiva.

Sia il G8 che il G20 sono dei fora intergovernativi e informali – le cui decisioni che vengono prese per consenso non hanno rilevanza giuridica – che tuttavia tendono sempre più a presentarsi al centro di un sistema di governance globale.

In effetti, le discussioni e le tematiche sollevate dai Gruppi sono strettamente interconnesse, e parallelamente alle problematiche economiche e finanziarie, i summit del G8 e del G20 si occupano in maniera vieppiù crescente della povertà estrema dei paesi in via di sviluppo e dei mutamenti climatici.

I summit G8 e G20, pur avendo finalità e principi diversi, sono sorti con lo scopo di fornire una risposta alle crisi finanziarie che hanno contraddistinto l'inizio degli anni '70 e la fine degli anni '90 (unitamente a quella del 2008), contribuendo a dimostrare gli stretti legami esistenti tra le diverse economie mondiali.

Inoltre, essi presentano caratteristiche simili anche nelle modalità operative con le quali hanno cercato di affrontare le problematiche, agendo in maniera estremamente similare.

In particolare, in entrambi i casi hanno cercato, poco dopo l'avvio della loro attività, di ampliare le loro rispettive sfere di influenza ed intervento, allargando a temi più globali rispetto a quelli di partenza.

Infatti, il G8 inizia ben presta ad occuparsi di temi politici e di sicurezza, allargando la propria sfera dal commercio internazionale, ai cambiamenti climatici e agli aiuto allo sviluppo.

Anche il G20 effettua un tentativo altrettanto ambizioso, e dopo i primi tre vertici fra il 2008 e il 2009 tenta anch'esso ad espandersi verso il tema del mutamento climatico e quello del commercio, senza tuttavia ottenere i risultati sperati. Seguendo tale direttrice, sorgono dei quesiti in merito alla legittimità del G8 e del G20 ai quali si tenterà di fornire una risposta nei paragrafi successivi, e cioè quale due fori ha dato miglior prova di funzionamento e ha saputo rispondere in maniera adeguata alle esigenze per le quali era sorto, e quale ha raggiunto gli obiettivi per i quali era stato preposto.

Chiaramente la coesistenza tra le due istituzioni ha dato qualche problema a partire dal 2008. Ciò che è accaduto è stata la sovrapposizione di

competenze, fino al punto di attribuire al G20 funzioni, ruoli e competenze superiori, volendolo quasi elevare ad organo collegiale decisionale a livello globale, che potesse avere un potere non strettamente di indirizzo politico.

Tra il 2008 e il 2009 si era diffusa l'opinione secondo la quale il G20 avrebbe potuto non solo gestire e risolvere la crisi economico finanziaria – e questo sarebbe stato legittimo, oltre che auspicabile – ma anche dare risposte concrete e decisionali su temi come il clima e il negoziato di Doha sul commercio internazionale che non trovavano utili sbocchi nei rispettivi fori di dialogo e negoziato.

I motivi che spinsero ad immaginare un G20 maggiormente ambizioso erano legati non solo a problematiche connesse alla politica globale, ma anche a fattori di politica interna, e più propriamente elettorale. Il protagonismo di alcuni Stati sulla scena internazionale contribuì fattivamente a questa tendenza, concorrendo allo sviluppo di una visione del mondo non soltanto multilaterale, ma anche di ri-orientamento geografico delle priorità globali. Tali spinte propulsive si mutarono in realtà operativa nel vertice del G20 di Londra nell'aprile 2009, in occasione del quale figurò la promessa di ridurre l'influenza dominante degli Stati Uniti e dei paesi europei in istituzioni chiave come la Banca mondiale e il Fondo monetario internazionale.

Il tentativo di ampliamento dei poteri del G20 riuscì inizialmente anche in conseguenza dell'immediata e pressante necessità di risposte richieste dall'opinione pubblica a fronte della crisi globale. Approfittando di questi fattori, si riuscì ad introdurre il G20 sul palcoscenico internazionale già forse con l'ancora più ambiziosa idea di sostituirlo in parte o totalmente al G8, che nel frattempo viveva una fase in verità qualsiasi di stallo e di inerzia.

Se da una parte, è innegabile che la rappresentatività del G20 conferisca al gruppo un grado di legittimità superiore a quella del G8, d'altra parte il G20 incontra ostacoli nei processi decisionali, sia perché raggiungere una decisione in venti è più complicato che farlo in otto, sia per l'enorme varietà e diversità degli interessi rappresentati. Il G8 d'altra parte però manca della capacità di imporre le sue decisioni ai maggiori paesi emergenti e pertanto non offre una vera alternativa al G20. Il G20 include tutti i maggiori attori economici mondiali e garantisce pertanto la base (potenziale) di consenso necessaria a che le decisioni prese abbiano effettivamente un impatto.

Nel 2011 il fenomeno delle primavere arabe riaccende i riflettori sui temi politici, dopo che la prima fase emergenziale della crisi economico finanziaria era passata, e ciò ha contribuito a riportare in auge il G8. La presidenza francese ebbe se non altro il merito di riattivare l'attenzione sul G8 e il vertice di Deauville confermò questa impostazione, a dimostrazione del fatto che la vitalità del G8 era tutt'altro che spenta e che una importante condivisione di opinioni e di valutazioni al massimo livello su un fenomeno di tale portata era non solo opportuna ma necessaria.

Fu proprio quella la cartina di tornasole della perdurante validità del G8 quale foro di dialogo al massimo livello, ristretto, informale, dove intorno ad un tavolo sono sedute non oltre 10 persone (compresi i presidenti del consiglio europeo e della commissione). E furono le primavere arabe che convinsero anche i più riluttanti a mantenere e sviluppare questo foro a riconoscerne l'utilità e le potenzialità.

Come anticipato nei precedenti paragrafi, è senza dubbio più facile parlarsi, incontrarsi, scambiarsi opinioni intorno ad un tavolo in cui gli Stati partecipanti sono numericamente pochi, come ad esempio nel G8 – piuttosto che condurre un negoziato su un testo o una dichiarazione dove i partecipanti arrivano sino al numero di 33-35.

Del resto, durante la mia personale esperienza di Sherpa G8-G20, ho potuto constatare in prima persona che esistono difficoltà oggettive nel raggiungere un accordo condiviso in merito ad un testo finale o ad una decisione da intraprendere all'interno dei fori multilaterali.

Si può quindi affermare che se da una parte il G8 si trova ad affrontare un problema di rappresentatività e quindi di legittimità sul piano decisionale mondiale, è altresì vero che il G20 non potrà sostituire il G8. Infatti, superato in parte l'allarme della crisi finanziaria ed economica che ha portato alla ribalta il G20 (trasformando in vertice un forum di consultazione ministeriale di secondo piano creato – su iniziativa del G7/8 – in risposta alla crisi dei mercati asiatici del 1997-1998), permangono le divergenze i diversi modi di concepire i valori, le differenze storiche, culturali, religiose, geopolitiche, economiche e sociali dei così tanto eterogenei membri del G20.

Mentre le riunioni degli Sherpa hanno iniziato ad essere sempre più condizionate dai numerosi distinguo posti dalle delegazioni sui documenti, è stato addirittura sostenuto che dopo il vertice di Pittsburgh (Settembre 2009) il G20 sembrava già perdere la sua spinta propulsiva.

La suddetta analisi mostra forse dei caratteri piuttosto estremi, e pertanto non la condivido tout court, poiché ritengo che il G20 includendo tutti i maggiori attori economici mondiali, riesca comunque a garantire la base potenziale di consenso necessaria a che le decisioni prese abbiano effettivamente un impatto.

Tuttavia, non condivido neanche l'opinione di coloro che credevano di poter semplicemente fare a meno del G8 in quanto ritenuta formazione obsoleta, pensando di poter trasferire de facto le sue competenze al nascente G20.

Dopo le primavere arabe anche i più fervidi detrattori del G20 ridussero progressivamente le critiche, fino a preferire il molto più ragionevole silenzio.

Confermo quindi l'importanza e la necessità di mantenere entrambi i fori G8 e G20, al fine di garantire lo svolgimento di lavori che forniscano soluzioni ai maggiori problemi del mondo, aggiungendo tuttavia una bre-

vissima riflessione: la storia di questi anni ha dimostrato come il G8 resti ancora un forum valido, al contrario di quanti ritenevano di eliminarlo e sostituirlo con il G20, trasformandolo in una sorta di ONU in formato ridotto che potesse dare risposte ai problemi del nostro tempo.

Ricerche giuridiche ISSN 2281-6100
Vol. 3 – Num. 1 – Giugno 2014

Sugli investimenti diretti esteri regolati dai nuovi accordi commerciali dell'Unione europea

Fabrizio Marrella
(Professore associato di Diritto internazionale nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Sara De Vido
(Ricercatrice di Diritto internazionale nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract This note is about the new EU exclusive competence over foreign direct investment in light of the ongoing negotiations for Free Trade Agreements with third countries. After presenting the status of negotiations for some agreements, with specific regard to the Transatlantic Trade and Investment Partnership, the authors argue that the European Parliament – by virtue of the enlarged competences obtained thanks to the Lisbon Treaty – will play an important role in safeguarding sensitive sectors of EU economy.

1 L'attribuzione di competenze esclusive in materia di investimenti diretti esteri in capo all'Unione europea

Tra le più significative innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di politica commerciale comune, il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in avanti TFUE) ha infatti attribuito all'Unione europea una competenza *espressa* ed *esclusiva* in materia di investimenti diretti esteri[1].

Il presente scritto è destinato al *Liber amicorum* Laura Picchio Forlati. Pur trattandosi di un lavoro condiviso, i parr. 1 e 4 sono da attribuirsi a F. Marrella, i parr 2 e 3 a S. De Vido.

1 L'art.3, par.1, lett. *e*, TFUE stabilisce che la UE ha competenza esclusiva nel settore della politica commerciale comune. A propria volta, l'art. 207, par. 1, TFUE, dispone che: «*[l]a politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi*

In un mondo sempre più interdipendente e globalizzato[2], caratterizzato altresì da difficili tensioni economiche tra Stati giuridicamente sovrani ma di diverso peso, sviluppo e potere economico, non v'è dubbio che, oggi, la centralizzazione in capo alla UE di competenze (anche) in materia di investimenti diretti esteri, costituisca una necessità vitale per promuovere più efficacemente gli interessi dei singoli Stati membri. Si tratta di interessi che, peraltro, non sono solo economici ma sono anche non economici, secondo quanto viene indicato dalle disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione di cui all'art. 21 TUE[3]. Quest'ultima norma indica quale paradigma dell'azione esterna, anche nel settore della politica commerciale comune e quindi anche in materia di investimenti diretti esteri, «*democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale*».

di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di dumping e di sovvenzioni. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione». La competenza in materia di investimenti diretti esteri, nel quadro della politica commerciale comune, emerge formalmente per la prima volta quale competenza espressa ed esclusiva all'art. III-315 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (in *GUUE* C 310 del 16 dicembre 2004, p. 142), il quale tuttavia non è entrato in vigore. Al riguardo, va comunque osservato che una competenza esterna, a carattere almeno concorrente con quella degli Stati membri, poteva essere riconosciuta alla CE in base alla teoria dei poteri impliciti muovendo dalle norme sulla libera circolazione (interna) dei capitali in combinazione con quelle esistenti in materia di politica commerciale comune. Militano in tal senso, sia pure *mutatis mutandis*, il celebre *dictum* della Corte di giustizia nel caso *AETS* (31 marzo 1971, in causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 1971, p. 263, punti 12-19 e cfr. Giardina, *Sulla competenza a stipulare della Comunità economica europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 1971, p. 609 ss., e Tizzano, in *Foro it.*, 1971, IV, c. 339-362, nonché in Adam, Tizzano, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea2*, Torino, 2010, p. 28 ss.); il parere del 26 aprile 1977, n. 1/76 (*Racc.* 1977, p.755); nonché, più recentemente, le sentenze *Open sky* del 5 novembre 2002, cause riunite C-467/98, C-468/98; C-471/98, C-472/98, C-475/98 e 476/98, *Commissione* c. *Danimarca, Svezia, Belgio, Lussemburgo, Austria e Germania*, in *Racc.* 2002, I-9519, I-9575, I-9681, I-9741, I-9797, I-9855. Sugli investimenti diretti esteri, diffusamente, Marrella, *Unione europea e investimenti diretti esteri*, in Carbone (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, p. 107 ss. e riferimenti ivi citati. Sulle caratteristiche fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea v. per tutti Picchio Forlati, *L'Unione europea*, in Preite, Gazzanti (a cura), *Atti notarili, Diritto comunitario e internazionale,* Torino, 2011, p. 169 ss.

2 Cfr. Marrella, Galgano, *Diritto del commercio internazionale*[3], Padova, 2011.

3 Emblematico del nuovo corso dell'azione esterna dell'Unione, l'art.21 TUE prevede che l'Unione, *inter alia*: «definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di:...*e)* incoraggiare l'integrazione di tutti i paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali», nonché «*h)* promuovere un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale». In argomento v. in generale Benedek, Marrella, De Feyter, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2011.

Sennonché, a differenza di quanto è avvenuto in materia strettamente commerciale attraverso l'istituzione della Organizzazione mondiale del commercio, la materia degli IDE si è dimostrata particolarmente sensibile nell'ottica dei singoli Stati – ed anche della c.d. società civile – com'è dimostrato dal clamoroso fallimento di ogni tentativo, sinora perseguito, volto a regolare questo settore attraverso uno strumento multilaterale a vocazione globale[4].

Fallito ogni tentativo di giungere alla piena incorporazione della materia degli IDE all'interno dell'OMC od altra organizzazione a vocazione universale, nel momento in cui scriviamo, si è sviluppata una fitta rete di accordi bilaterali in materia di investimenti (i c.d. BITs) a cui si sta aggiungendo una sempre più ampia serie di convenzioni regionali tese a regolare vasti aspetti delle relazioni commerciali internazionali tra gli Stati che ne sono parte ed entro cui si sono formalizzate apposite norme in materia di investimenti.

Per queste stesse ragioni, la UE è divenuto un attore fondamentale nel diritto internazionale degli investimenti, non solo in quanto "modello" di integrazione economica regionale in sé, ma anche nell'esercizio delle sue competenze esterne nell'ambito della politica commerciale comune.

Combinando le norme di cui sopra con quelle che, formalmente, attribuiscono la personalità giuridica di diritto internazionale alla UE[5], non v'è dubbio che quest'ultima sia un ente abilitato a stipulare con Stati terzi accordi internazionali bilaterali e multilaterali in materia di commercio internazionale, compresa la materia degli investimenti diretti esteri[6].

4 Basti pensare ai risultati dei negoziati dell'Uruguay Round ove la materia degli investimenti diretti esteri ha ricevuto solo una disciplina parziale ed embrionale attraverso l'accordo TRIMs ed il GATS (cfr. al riguardo Picone, Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, pp. 221 ss. e 375 ss.), nonché cfr. Carreau, Juillard, *Droit International économique*[5], Paris, 2013, p. 440 ss. Ancor peggio è accaduto all'iniziativa dell'OCSE, nel 1998, volta all'adozione di un accordo multilaterale sugli investimenti che è fallita miseramente aprendo così il varco allo sviluppo di accordi bilaterali e regionali *in subiecta materia* che dura ancor oggi.

5 Art. 47 TEU. V. pure l'art.184 del Trattato Euratom.

6 L'Unione europea, secondo quanto previsto all'art. 3, par.1, lett. *e)*, TFUE, ha competenza *esclusiva* in materia di politica commerciale comune e pertanto, può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione, conformemente all'art. 2, par. 1, TFUE, così come, peraltro, è stato precisato dal Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, in *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, p. 40.

2 FTAs di “nuova generazione”

Così, disposizioni relative agli investimenti sono contenute negli accordi di libero scambio (*Free Trade Agreements*, indicati nel prosieguo con l’acronimo FTAs), o negli accordi di associazione con rilevante componente commerciale, conclusi dall’UE e dagli Stati membri già nel 2006[7], anno in cui la Commissione europea ha predisposto una nuova agenda politica relativa al commercio designata per rispondere a priorità strategiche[8]. L’accordo con la Corea del Sud è stato il primo accordo di “nuova generazione”[9] ad entrare in vigore[10].

Sul solco tracciato dal FTA con il Paese asiatico si collocano anche i due trattati conclusi dall’Unione, nel giugno 2012, rispettivamente con il Centro America – il primo accordo *region-to-region*[11] – e due Stati della Comunità andina, Colombia e Perù[12], approvati dal Parlamento europeo nel dicembre dello stesso anno. L’accordo commerciale *de quo* è applicabile in via provvisoria nei confronti del Perù dal 1 marzo 2013, nei confronti della Colombia dal 1 agosto 2013[13]. L’accordo di associazione con gli Stati del Centro America è applicabile alle relazioni dell’UE con Honduras, Nicaragua e Panama dal 1 agosto 2013, con Costa Rica, El Salvador dal 1° ottobre 2013,

7 Sono invero tutti accordi misti. Sul punto, si veda, *ex multis*, McGoldrick, *International Relations Law of the European Union*, London, 1997, p. 78, Rosas, *Mixed Agreements*, in Koskeniemmi (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, The Hague, 1997, p. 125 ss.; Nicolin, *Modalità di funzionamento e di attuazione degli accordi misti*, in Daniele (a cura di), *Le relazioni esterne dell’Unione europea nel nuovo Millennio*, Milano, 2001, p. 177 ss.; Steinberg, *The WTO Treaty as a Mixed Agreement: Problems with the EC’s and the EC Member States’ Membership of the WTO*, *EJIL*, 2006, p. 837 ss.

8 Commissione europea, *Global Europe, Competing in the World*, COM (2006) 567 Final, 2006, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/october/tradoc_130376.pdf.

9 L’espressione è utilizzata dalla Commissione europea, DG Commercio, per descrivere gli accordi conclusi dopo il 2006. Si veda, ad esempio, con riferimento alla Corea del Sud in http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/south-korea/. In *Global Europe*, cit., p. 11, la Commissione precisa che «in terms of content new competitiveness-driven FTAs would need to be comprehensive and ambitious in coverage, aiming at the highest possible degree of trade liberalization including far-reaching liberalisation of services and investment».

10 Pollet-Fort, *The EU-Korea FTA and its Implications for the Future EU Singapore FTA, EU centre in Singapore*, Background Brief, giugno 2011, http://www.eucentre.sg. L’accordo è entrato in vigore il 1 luglio 2011.

11 Accordo di associazione firmato dall’UE e Stati membri, da un lato, e dai Paesi del Centro America (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua and Panama), dall’altro lato, il 29 giugno 2012.

12 Accordo commerciale firmato con Perù e Colombia il 26 giugno 2012, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=810.

13 *EU trade agreement with Peru goes live – Colombia’s next in line*, press release 28 febbraio 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=873. *EU-Colombia trade agreement takes effect on 1 August, 26 July 2013*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=953

e con il Guatemala dal 1° dicembre 2013. A ben vedere, all'interno di tali strumenti giuridici manca una sezione o un titolo dedicato esclusivamente agli investimenti, di modo che «*the provisions on investment are [...] more of the 'old' generation of FTAs in that there are provisions on freedom of capital movement and access in the form of establishment, but no investment protection*»[14]. Gli accordi con la Corea e i Paesi Sudamericani contengono tuttavia una clausola "rendez-vous"[15], essendo i negoziati relativi ai suddetti trattati iniziati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Si tratta di una disposizione che consente la revisione del quadro giuridico in materia di investimenti nei rapporti tra le Parti. In base all'articolo 168 dell'accordo UE-Centro America, ad esempio, le Parti contraenti si impegnano ("commit") a «*review the investment legal framework, the investment environment, and the flow of investment between them consistent with their commitments in international agreements no later than three years after the entry into force of this Agreement and at regular intervals thereafter*»[16]. Una simile disposizione potrebbe comportare un emendamento al trattato ovvero la conclusione di un nuovo accordo limitato agli investimenti[17]. Al momento, non si conoscono proposte di revisione di uno dei summenzionati accordi.

Con riferimento al trattato di partenariato economico firmato nel 2008 dall'UE con i quindici Paesi Cariforum, esso ha applicazione provvisoria e contiene disposizioni innovative relative al comportamento degli investitori[18].

14 Directorate-General for External Policies of the Union, *EU: "Trade Agreement" with Colombia and Peru*, 2012, p. 47, `http://www.europarl.europa.eu/committees/en/inta/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=72991`, pp. 23-24.

15 WTO Working Paper, *Market Access Provisions on Trade in Goods in Regional Trade Agreements*, 2012, disponibile al sito `http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201220_e.pdf`, pp. 4-5: «rendezvous clauses [...] commit parties to undertake further liberalization at a future date». Il termine viene utilizzato negli accordi di libero scambio anche con riferimento alle clausole destinate a prorogare (o a valutare l'opportunità di prorogare) l'applicazione di norme di origine temporanee negoziate dalle parti quale eccezione alle norme di origine preferenziale di tipo standard (così v. proposta di decisione del Consiglio presentata dalla Commissione europea relativa alla posizione della Comunità in sede di Consiglio congiunto UE-Messico in merito alla liberalizzazione del trattamento tariffario di determinati prodotti elencati nell'allegato II della decisione n. 2/2000 del Consiglio congiunto UE-Messico, COM/2004/0094 def., 12 febbraio 2004).

16 Art. 116 Accordo UE-Perù e Colombia (entro cinque anni), art. 7.16 Accordo UE-Corea del Sud (entro tre anni ed evidenzia l'obiettivo di una futura revisione, ovvero la progressiva liberalizzazione degli investimenti), art. 74 Accordo UE-Stati Cariforum (entro tre anni).

17 In virtù dell'art. 7.16, par. 2, FTA UE-Corea del Sud, «*the Parties shall assess any obstacles to investment that have been encountered and shall undertake negotiations to address such obstacles, with a view to deepening the provisions of this Chapter, including with respect to general principles of investment protection*».

18 L'accordo è applicabile in via provvisoria dal 29 dicembre 2008. Si veda, ad esempio,

Diverso è il caso dell'accordo di libero scambio con Singapore, che non contiene alcuna clausola "rendez-vous" sugli investimenti. I negoziati per un accordo di libero scambio con lo Stato asiatico si sono conclusi a dicembre 2012 e il testo del trattato pubblicato il 20 settembre 2013 al termine dell'esame tecnico dei singoli articoli. In questo caso, il Consiglio aveva deciso, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, di estendere il mandato negoziale della Commissione europea includendovi anche gli investimenti. Invero, il capitolo 9 del trattato è stato «sospeso» in attesa che le parti raggiungessero un accordo sul suo contenuto[19]. Tale accordo, che contiene significative novità, incluso un sistema di soluzione delle controversie, si è avuto il 17 ottobre 2014.

3 I negoziati in corso relativi ad accordi contenenti norme in materia di investimenti UE-Stati terzi: uno sguardo d'insieme

Di investimenti diretti esteri si tratta pure nell'ambito dei negoziati relativi ad accordi commerciali con Canada, Stati Uniti e Giappone[20].

L'accordo Transatlantico in materia di scambi commerciali e investimenti con gli Stati Uniti sta incontrando molteplici ostacoli. Dopo un infruttuoso round negoziale inizialmente previsto per il 7 ottobre 2013 e posticipato a novembre, *inter alia*, a causa dello scandalo del *datagate*[21], un secondo round di negoziati si è concluso a Bruxelles il 15 novembre 2013. Qui, le due Parti hanno discusso di investimenti, servizi, energia e altre materie prime, oltre che di armonizzazione di regolamentazioni e normative[22]. È proprio quest'ultimo l'ambito in cui i tentativi di avvicinare le posizioni delle Parti potrebbero arenarsi. Invero, essendo i dazi doganali in media

art. 73 dell'accordo UE-Stati CARIFORUM: «*The EC Party and the Signatory CARIFORUM States shall ensure that foreign direct investment is not encouraged by lowering domestic environmental, labour or occupational health and safety legislation and standards or by relaxing core labour standards or laws aimed at protecting and promoting cultural diversity*». Così anche art. 13.7 Accordo UE-Corea del Sud. V. inoltre EU Press Release, *EU and Caribbean Reaffirm Commitment to Trade and Development Partnership*, 22 novembre 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=991.

19 *The EU-Singapore Free Trade Agreement*, 20 settembre 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=963

20 È quanto risulta dall'attività della DG commercio. Si consulti il sito http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/investment/.

21 *Statement by EU Trade Commissioner Karel De Gucht on the cancellation of 2nd Round of TTIP negotiations in Brussels due to the US administration shutdown*, 4 ottobre 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=971.

22 EU Press Release, *EU and US Conclude Second Round of TTIP Negotiations in Brussels*, 15 novembre 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=988. Il terzo round di negoziati si è svolto dal 15 al 18 dicembre 2013.

già bassi tra Unione europea e Stati Uniti, l'armonizzazione degli standard in una molteplicità di settori potrebbe richiedere lunghi negoziati in settori sensibili quali le biotecnologie e il settore farmaceutico. Consumatori, gruppi ambientalisti e sindacati continuano a manifestare serie perplessità sull'accordo, in particolare per quanto riguarda la soluzione delle controversie in materia di investimenti, la proprietà intellettuale, la sicurezza alimentare, il clima[23]. Altrettanto allarmati sono taluni produttori statunitensi, soprattutto di prodotti chimici e pesticidi, che vedono nell'azione della Commissione europea una minaccia per i loro mercati[24]. Il quinto round di negoziati si è svolto il 19 maggio 2014 in Virginia, negli Stati Uniti, e ha avuto ad oggetto numerosi temi, tra cui lavoro ed ambiente, proprietà intellettuale, servizi ed investimenti (ad esclusione della protezione degli investimenti e della soluzione delle controversie Stato-investitore), barriere tecniche al commercio, accesso al mercato agricolo, regole di origine[25]. La Commissione europea ha recentemente risposto all'accusa mossa da vari *stakeholders* in merito alla scarsa, o pressoché inesistente, trasparenza nei negoziati, pubblicando la posizione dell'Unione nei negoziati nelle seguenti materie: prodotti chimici, cosmetici, veicoli a motore, prodotti farmaceutici, tessile ed abbigliamento. In particolare, nell'ambito dei prodotti chimici, la regolamentazione dell'Unione europea e degli Stati Uniti differisce significativamente. Si legge invero nella "EU Position on Chemicals": «*Industry associations, civil society and governments are aware that neither full harmonisation nor mutual recognition seems feasible on the basis of the existing framework legislations in the US and EU*»[26]. L'obiettivo dei negoziati sarà dunque di realizzare un adeguato coordinamento «*between the different agencies/authorities with regulatory responsibility*»[27]. Evidentemente, i negoziati si protrarranno ancora a lungo. Ad oggi siamo arrivati al settimo round.

Per completare il quadro degli accordi in corso di negoziazione che abbracciano gli investimenti, va altresì menzionato l'avvio dei negoziati per

23 Inside Trade, U.S., EU Consumer Groups, Unions Reiterate Litany Of Fears About TTIP, 22 novembre 2013, vol. 31, n. 46, http://www.insidetrade.com.

24 Inside Trade, *U.S. Chemicals, Pesticides Makers Rail Against EU Endocrine Proposal*, in *Inside Trade*, 15 novembre 2013, vol. 31, n. 45, http://www.insidetrade.com.

25 EU press release, *EU and US negotiators kick off a fifth round of talks on a new trade and investment pact*, *20* maggio 2014, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1065.

26 *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Regulatory Issues, EU position on chemicals*, p. 1. http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1076.

27 Ivi, p. 3. Un'analisi comparata della normativa USA e UE nello studio di Parker, Alemanno, *Towards Effective Regulatory Cooperation under TTIP: A Comparative Overview of the EU and US Legislative and Regulatory Systems*, 2014, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/may/tradoc_152466.pdf.

un accordo tra Unione europea e Cina, il primo vero accordo bilaterale sugli investimenti dell'UE[28], e l'inserimento di questo ambito nel mandato negoziale della Commissione per la conclusione di FTAs con alcuni paesi ASEAN[29].

4 Tutela degli investitori e diritti umani: il ruolo del Parlamento europeo

È ben noto che, con riferimento ai più recenti negoziati in materia di investimenti condotti dalla UE, due sono le questioni ancora aperte. La prima concerne il destino dei trattati bilaterali sugli investimenti in vigore tra Stati membri UE e Stati terzi, una volta che un trattato avente ad oggetto gli investimenti diretti esteri sarà concluso dall'UE con i medesimi Paesi[30]. La seconda è relativa al contenuto dei nuovi trattati della UE ed al livello di protezione che sarà garantito agli investitori. Sul punto si possono fare al più delle ipotesi, basate sulle dichiarazioni dei rappresentanti dell'Unione e degli Stati terzi e su fonti non ufficiali, considerato che i documenti sui negoziati in corso sono difficilmente reperibili.

Innanzitutto, sia pure nel nuovo assetto delle competenze della UE, non vi sono ragioni di escludere la negoziazione di accordi misti, in quanto, come si è sottolineato in dottrina, non tutta la materia degli investimenti viene assorbita nella nozione di investimenti diretti esteri[31].

Inoltre, con riferimento alla politica europea sugli investimenti, in una scheda informativa, la Commissione europea sottolinea due disposizioni fondamentali all'interno degli accordi bilaterali che l'UE concluderà, ossia quelle in materia di «*espropriazione indiretta*» e di «*trattamento giusto ed equo*»[32]. In materia di espropriazione, una serie dettagliata di disposizio-

28 EU press release, *EU investment negotiations with China and ASEAN*, 18 ottobre 2013. `http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=975`. Il terzo round di negoziati con la Cina si è svolto dal 17 al 19 giugno 2014.

29 Recentemente sono stati lanciati i negoziati per un accordo Unione europea-Myanmar/Burma per negoziare un accordo sulla protezione degli investimenti. EU Press release, *EU and Myanmar/Burma to negotiate an investment protection agreement*, 20 marzo 2014, `http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1045`.

30 Cfr. Marrella, *Unione europea e investimenti diretti esteri*, in Carbone (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, cit., p. 107 ss. V. altresì Carreau, Marrella, *Droit International*[11], Paris, 2012.

31 V. ad es.: Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, 2011, p. 139; Krajewski, *The Reform of the Common Commercial Policy*, in Biondi, Eeckout, Ripley (eds), *EU Law after Lisbon, Oxford*, 2012, p. 302; Ortino, Eeckhout, *Towards an EU Policy on Foreign Direct Investments*, in Biondi, Eeckout, Ripley (eds), *op. cit.*, p. 315; Reinisch, *The Future Shape of EU Investment Agreements, ICSID Review*, 2013, p. 179 ss., p. 181.

32 Commissione europea, "Protezione degli investimenti e risoluzione delle controversie tra

ni «*forniranno orientamenti agli arbitri su come decidere se una misura del governo costituisca o no un'espropriazione indiretta, con lo scopo di prevenire in tal modo abusi del sistema*», in particolare, «*quando lo Stato protegge l'interesse pubblico in maniera non discriminatoria, il diritto di quest'ultimo di regolamentare deve prevalere sull'impatto economico di tali misure sull'investitore*»[33].

Quanto al trattamento giusto ed equo, materia particolarmente controversa, «le norme definiranno con precisione quali azioni non sono ammesse». La Commissione cita le questioni che saranno incluse, quali quelle dell'arbitrarietà manifesta, dei trattamenti abusivi (coercizione, costrizione o vessazioni), o il mancato rispetto dei principi fondamentali del giusto processo, offrendo così una sorta di codificazione unilaterale che è lungi dall'essere esaustiva della *vexata quaestio*.

Da ultimo, in materia di soluzione delle controversie in materia di investimenti, l'UE sottolinea il divieto di presentare contemporaneamente due tipi di ricorsi dinanzi a tribunali diversi. In questo modo, spiega la Commissione, «*evitando ricorsi paralleli, si impedirà la potenziale duplice vittoria degli investitori, scongiurando altresì la possibilità che due diversi tribunali giungano a decisioni differenti sulla base dei medesimi fatti*»[34].

Desta qualche perplessità anche la nota aggiunta dalla Commissione con riguardo all'«*introduzione di garanzie per le parti*». Invero, l'UE precisa che nell'accordo con il Canada sono state concordate clausole che permettono alle Parti contraenti «*di convenire sulla modalità di interpretazione dello stesso. Tali clausole permetteranno al paese dell'investitore di presentare osservazioni nei procedimenti in corso. Si tratta di garanzie aggiuntive, che consentono alle parti di influire sulle interpretazioni e di correggere potenziali interpretazioni scorrette da parte dei tribunali*»[35]. È prevedibile che gli standard di protezione a cui si è fatto cenno poc'anzi non mancheranno di formare oggetto di ampia discussione durante i negoziati con gli Stati Uniti onde evitare, *ex post,* ampi contenziosi attivati dagli investitori. D'altra parte, il nuovo Reg. n. 912/2014 del 23 luglio 2014 in materia di responsabilità finanziaria precisa in modo assai artificioso la responsabilità dell'Unione e dei singoli Stati membri nei confronti degli investitori stranieri.

Come si è detto, l'esercizio delle competenze UE in materia di investimenti diretti esteri è ancora agli esordi e mostra tutte le (comprensibili) incertezze di un passaggio epocale; un passaggio che tuttavia deve necessariamente ridurre al minimo i rischi per gli investitori europei.

investitore e Stato negli accordi dell'UE", novembre 2013, disponibile al sito http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151979.pdf, pp. 8-9.

33 *Ibidem*.

34 *Ivi*, p. 9.

35 *Ivi*, p. 10.

A differenza di quanto verificatosi sinora al livello dei singoli Stati e dei loro BITs, rispetto agli accordi conclusi dalla UE, il ruolo del Parlamento europeo sarà fondamentale e decisivo[36]. Ed invero, nella risoluzione approvata il 23 maggio 2013 sui negoziati dell'UE con gli Stati Uniti, il Parlamento ha invitato il Consiglio «*ad autorizzare la Commissione ad avviare i negoziati per un accordo di partenariato transatlantico*», ma allo stesso modo puntualizzato che «*l'accordo non dovrebbe rischiare di compromettere la diversità culturale e linguistica dell'Unione, anche nel settore dei servizi audiovisivi e culturali*» e chiesto, conseguentemente, che «*l'esclusione dei servizi culturali e audiovisivi, compresi quelli forniti online, sia dichiarata esplicitamente nel mandato negoziale*»[37]. Il Consiglio ha accolto l'invito del Parlamento il 14 giugno 2013, escludendo, salva diversa futura decisione degli Stati membri, i servizi audiovisivi dal mandato. Va altresì rilevato come il Parlamento abbia, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, un'ulteriore "arma" per bloccare un accordo che non rispetti standard ormai consolidati sul piano europeo. Lo ricorda lo stesso Parlamento, là dove, nella recente risoluzione, afferma che ad esso «*sarà chiesta l'approvazione del futuro accordo di partenariato transatlantico in materia di scambi commerciali e investimenti, come previsto dal trattato sul funzionamento dell'Unione europea e che, di conseguenza, si dovrà tenere debitamente conto delle sue posizioni in tutte le fasi*»[38].

Resta da vedere se l'UE, allo stesso modo, riuscirà a salvaguardare alcuni settori specifici dell'economia europea[39].

Vale dunque, anche in materia di investimenti diretti esteri, il monito di Robert Schuman secondo il quale «*[l]'Europe ne se fera pas d'un coup…elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait*».

36 Com'era stato previsto in Marrella, *Verso una nuova politica commerciale internazionale dell'Ue dopo il Trattato di Lisbona? Alcune riflessioni*, in *Lavoro e diritto*, 2011, p. 89 ss.

37 Risoluzione del PE del 23 maggio 2013 sui negoziati dell'UE con gli Stati Uniti d'America in materia di scambi commerciali e investimenti, 2013/2558(RSP), parr. 9, 10, 11.

Anche il Commissario De Gucht aveva affermato che l'eccezione culturale non era materia di negoziato con gli Stati Uniti. V. *The cultural exception is not up for negotiation!*, 22 aprile 2013, `http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=890`.

38 Risoluzione del PE, 23 maggio 2013, cit., par. 25. Si veda ad esempio il destino dell'accordo UE-Stati Uniti relativo al *Terrorist Finance Tracking Programme*, bocciato in una prima versione dal PE. Sul punto, v. De Vido, *Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale. Profili di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 343 ss.

39 Così ad esempio il settore agricolo. Il Parlamento europeo evidenzia, al par. 17 della risoluzione del 23 maggio, cit., che «*l'accordo deve lasciare impregiudicati i valori fondamentali dei due partner commerciali, ad esempio il principio di precauzione nell'UE; chiede agli Stati Uniti di revocare il bando alle importazioni che ha imposto all'UE sui prodotti a base di carni bovine, nell'ottica di creare un clima di fiducia reciproca*».

Ricerche giuridiche ISSN 2281-6100
Vol. 3 – Num. 1 – Giugno 2014

"Il curioso caso della chiamata in sussidiarietà": trasfigurazione e distorsione del modello originario

Marco Mancini
(Ricercatore di Diritto pubblico nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The essay analyses the steps that have marked the evolution of the institution of 'call subsidiarity', the main test of the relationship between State and Regions and, more generally, between the demands for autonomy and uniform as a result of the 2001 constitutional reform. The first sentence of the Constitutional Court, no. 303/2003, had developed a model aimed at safeguarding the constitutional powers of the Regions, allowing the latter to intervene actively, on an equal footing with the State, at all stages that comprise the process of attraction in the bodies government administrative functions and the corresponding legislative functions. In subsequent judgements, however, the Constitutional Court has gradually changed its orientation and has reached the elaboration of a model directly rather to favour the prevalence of uniform requirements and consequently the Regions reserve a purely consultative role.

1 Premessa

L'istituto della "chiamata in sussidiarietà",[1] creato dalla Corte costituzionale nel 2003 con un'ardita operazione di estrapolazione dal combinato disposto degli artt. 117 e 118 Cost., ha ricevuto in seguito costante e ripetuta applicazione determinando l'avvio di un copioso filone giurisprudenziale. Gli arresti cui è pervenuta la Corte nel trascorso decennio inducono a ritenere che vi sia stata una "trasfigurazione" del modello originariamente elaborato dalla pronuncia del 2003.

1 Riguardo al quale cfr. A. Gentilini, *La sussidiarietà appartiene al diritto mite? Alla ricerca di un fondamento giuridico per l'"attrazione in sussidiarietà"*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1595 ss.; G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009; C. Mainardis, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Reg.*, 2011, p. 455 ss.

La parabola evolutiva dell'istituto può essere suggestivamente paragonata a quella del protagonista di un celebre romanzo del secolo scorso oggetto di un'altrettanto celebre trasposizione cinematografica[2] il quale, nel corso della sua esistenza, subiva un innaturale processo di maturazione biologica al contrario, dalla vecchiaia dei primi anni di vita all'infanzia degli ultimi, fino al ritorno allo stato embrionale. Attraverso le pronunce succedutesi in questo arco di tempo, infatti, non si è assistito ad un ordinato sviluppo quanto piuttosto ad un'inversione logica del modello originario, soprattutto in relazione agli ambiti, alle modalità e ai presupposti di applicazione.

Nella primigenia configurazione dell'istituto sembravano portate a completa maturazione e compimento le principali implicazioni derivanti dal modello di regionalismo "cooperativo", "collaborativo" e "paritario" avuto di mira dalla Novella costituzionale del 2001. Viceversa, negli sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale si ravvisa la graduale attenuazione delle implicazioni "cooperative" e il conseguente recupero di quelle proprie del modello di regionalismo "separatista", "duale" e "gerarchico" già sperimentato in epoca antecedente alla Novella del 2001. Ne è derivata una distorsione logico-strutturale dell'istituto, che ha perduto l'originario carattere "garantista" che lo contraddistingueva e ha acquisito una diversa connotazione di tipo "compensativo".

2 Le origini dell'istituto: il modello "garantista" elaborato dalla Corte costituzionale nella sentenza "capostipite"

Non è opportuno in questa sede ripercorrere le vicende che hanno condotto alla pronuncia della ben nota sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale.[3] È sufficiente piuttosto rilevare come la questione portata all'at-

2 Si allude al romanzo di F. S. Fitgerald, *The curious case of Benjamin Button*, 1922 (trad. it., *Il curioso caso di Benjamin Button*, Roma, 2009), e alla trasposizione cinematografica del 2008 diretta da David Fincher.

3 Cfr. C. Cost., n. 303/2003, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2675 ss., con note di A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 2776 ss.; A. Anzon, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, *ivi*, p. 2782 ss.; A. Moscarini, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, *ivi*, p. 2791 ss.; A. Gentilini, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, *ivi*, p. 2805 ss. Tra i numerosi altri commenti alla pronuncia cfr. almeno A. Ruggeri, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente), pronunzia. Nota a Corte cost. n. 303 del 2003*, in www.forumcostituzionale.it, 2003; Q. Camerlengo, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale*, *ivi*, 2003; F. Cintioli, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, *ivi*, 2003; A. Morrone, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, *ivi*, 2003; S. Musolino, *La sentenza della Corte*

tenzione della Corte trascendesse la specificità del caso, traesse origine da una serie di difetti congeniti e strutturali connessi alla scarsa lucidità e precisione con la quale era stata condotta l'operazione di riscrittura del Titolo V della Costituzione e si collocasse nel punto di massima tensione dei rapporti tra gli artt. 117 e 118.

In primo luogo, infatti, l'insorgenza della questione era stata favorita dall'incerta ripartizione della competenza legislativa tra Stato e Regioni operata dalla Novella costituzionale in riferimento a determinate materie e in applicazione del criterio della dimensione dell'interesse coinvolto. Nell'elenco delle materie concorrenti di cui all'art. 117, comma 3, erano stati infatti inclusi anche alcuni ambiti disciplinari che sottendevano interessi prevalentemente, se non esclusivamente ultraregionali riguardo ai quali, pertanto, le esigenze unitarie non avrebbero potuto essere adeguatamente soddisfatte con la sola determinazione dei principi fondamentali della materia da parte del legislatore statale.

In secondo luogo, il riparto dinamico e flessibile delle competenze amministrative determinato dall'applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza contemplati dall'art. 118 Cost. lasciava impregiudicata una questione di non secondario rilievo. Risultava infatti chiara la spettanza al legislatore statale o regionale (secondo la competenza per materia) della facoltà di provvedere, in applicazione dei summenzionati criteri, all'allocazione delle funzioni in capo ai diversi enti territoriali, in senso "discendente" o "ascendente", in forza della dimensione degli interessi coinvolti. Non altrettanto chiaro risultava invece quale fosse il legislatore competente a spostare verso l'alto talune funzioni amministrative relative a materie di competenza regionale qualora nei loro riguardi si ravvisassero esigenze di esercizio unitario di livello sovraregionale o interessi di dimensione nazionale.

Nella pronuncia in oggetto la Corte, investita proprio della risoluzione del problema cui si è fatto cenno da ultimo,[4] ha elaborato l'istituto della "chiamata in sussidiarietà", attraverso un *iter* logico di estremo rigore e nitore scandito da una serie di passaggi argomentativi strettamente coordinati e consequenziali.

costituzionale n. 303/03: il titolo V va letto alla luce del principio di unità e indivisibilità della Repubblica, *ivi*, 2003; S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Reg.*, 2004, p. 578 ss.; L. Violini, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa concorrente, leale collaborazione e strict scrutiny*, *ivi*, p. 587 ss. Si segnalano altresì i contributi di V. Onida, A. Anzon Demmig, R. Bifulco, R. Bin, P. Caretti, A. D'Atena, G. Falcon, S. Mangiameli, E. Rossi, A. Ruggeri, I. Ruggiu, R. Tosi, L. Vandelli, tutti pubblicati in *Reg.*, 2008, p. 771 ss., a cinque anni di distanza dalla pronuncia capostipite.

4 In particolare, alcune Regioni lamentavano la violazione dell'art. 117 Cost. in virtù dell'invasione della loro sfera di competenza da parte di una legge statale che, oltre ad intestare agli organi statali l'esercizio di alcune funzioni amministrative in materie di competenza concorrente e in virtù di esigenze di esercizio unitario, ne assumeva direttamente anche la disciplina.

Il primo passaggio è rappresentato dallo spostamento verso l'alto, in capo agli organi statali, delle funzioni amministrative relative a materie di competenza concorrente laddove si ravvisi la presenza di infrazionabili esigenze di esercizio unitario. Sin qui, il ragionamento della Corte non fuoriesce dal sentiero tracciato dalle disposizioni costituzionali. L'operazione di spostamento "in senso ascendente"[5] delle funzioni amministrative costituisce infatti il naturale portato dell'applicazione dei criteri allocativi cui debbono attenersi il legislatore statale e regionale ex art. 118 Cost.

Il secondo passaggio è rappresentato dallo spostamento verso l'alto con conseguente attrazione a livello statale anche della corrispondente funzione legislativa. La deviazione dal solco tracciato dalla Carta, in questo caso, appare evidente e le conseguenze che ne discendono dirompenti. Il principio di sussidiarietà, infatti, pur nel silenzio dell'art. 117 Cost. sul punto, viene utilizzato come criterio di distribuzione non solo delle funzioni amministrative, ma anche di quelle legislative. L'istituto della "chiamata in sussidiarietà" finisce così per assumere la configurazione di uno strumento di "flessibilizzazione" dell'ordine apparentemente rigido e lineare di riparto delle competenze legislative delineato dall'art. 117 Cost. In realtà, però, a ben vedere, anche questo passaggio argomentativo è ancorato ad un solido fondamento costituzionale che lo rende inevitabile e addirittura obbligato. La Corte, infatti, giustifica lo spostamento verso l'alto della funzione legislativa ricorrendo al principio di legalità, in virtù del quale ciascuna funzione amministrativa necessita di una previa disposizione legislativa che la preveda, ne individui il titolare e ne disciplini i principali presupposti di esercizio, sia sostanziali che procedurali. È pur vero che il principio in parola risulterebbe formalmente rispettato anche nell'eventualità in cui le funzioni amministrative fossero disciplinate da una legge regionale.[6] Sarebbe però del tutto illogico – come non manca di sottolineare la Corte[7] – che gli organi statali venissero chiamati ad esercitare le funzioni amministrative "attratte in sussidiarietà" per esigenze unitarie sulla base di molteplici discipline regionali, in ipotesi anche profondamente diverse le une dalle altre. Ne discende pertanto la necessità per il livello statale di

5 Riguardo al duplice carattere, al contempo discendente-positivo e ascensionale-negativo, del principio si sussidiarietà cfr. P. Ridola, *Sussidiarietà e democrazia*, in *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, a cura di G. C. De Martin, Padova, 2008, p. 37 ss.

6 Si esprimeva in senso radicalmente contrario A. Gentilini, *op. cit.*, p. 2805 ss., ad avviso del quale sarebbe stato possibile attrarre la funzione amministrativa soltanto fino al livello dell'ente competente a disciplinarla sul piano legislativo secondo il riparto di competenze fissato dall'art. 117 Cost.

7 Punto 2.1. del Considerato in Diritto: «Il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto».

attrarre, in uno con le funzioni amministrative (e in una sorta di redivivo "parallelismo al contrario") anche le corrispondenti funzioni legislative, in modo da operare in base ad una disciplina unitaria ed indifferenziata. Conseguentemente, viene rimessa in capo al legislatore statale la facoltà di procedere all'"attrazione in sussidiarietà" delle funzioni amministrative e, al contempo, di disciplinarne l'organizzazione e le modalità di esercizio.

Il terzo ed ultimo passaggio argomentativo risulta altrettanto dirompente ma non meno giustificato sul piano dell'ancoraggio costituzionale. La Corte, infatti, per attenuare la portata derogatoria[8] dell'ordine costituzionale delle competenze insita nel meccanismo attrattivo stabilisce alcune condizioni di legittimità del suo esercizio delle quali si riserva la facoltà di valutare l'effettivo rispetto, laddove investita della relativa questione. In pratica, la legittimità dell'operazione attrattiva viene subordinata all'esito positivo di una sorta di "test di resistenza", composto di una duplice valutazione. La prima relativa all'apprezzamento ragionevole e proporzionato, da parte della legge statale attrattiva, dell'interesse unitario sotteso all'esercizio delle funzioni amministrative, valutabile tramite uno *strict scrutiny* di costituzionalità. La seconda, invece, attinente alla necessità della previa stipulazione di un accordo con la Regione o le Regioni interessate attraverso le modalità e gli strumenti concertativi espressivi del principio di leale collaborazione.

L'enucleazione da parte della Corte delle indicate condizioni di legittimità rivela la chiara ed inequivoca intenzione di configurare l'istituto in chiave "garantista".[9] Lo scopo precipuo che la Corte si prefigge attraverso la previsione del "test di legittimità"[10] è infatti quelli di evitare che il meccanismo attrattivo determini un'automatica ed unilaterale compressione dell'autonomia regionale e di consentire, viceversa, che alla sua attivazione e al suo svolgimento partecipino le Regioni in posizione paritaria con lo Stato. Ciò in ossequio al modello di regionalismo "cooperativo" delineato dal novellato Titolo V della Costituzione già nella sua disposizione di apertura, laddove si pongono su un piano di apparente parità i diversi enti territoriali che compongono l'ordinamento repubblicano. Nel perseguimento di questo obiettivo la Corte si avvale di due principi espressamente inseriti *ex novo*

8 In senso contrario all'efficacia derogatoria dell'istituto si esprime A. RUGGERI, *Il problematico "bilanciamento" tra politica e diritto costituzionale (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003)*, in *Reg.*, 2008, p. 849.

9 In tal senso già A. ANZON DEMMIG, *I poteri delle regioni*, Torino, 2008, p. 196 ss., contraria alla configurazione in chiave "compensativa" assunta dall'istituto negli sviluppi giurisprudenziali successivi.

10 S. MANGIAMELI, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, in *Reg.*, 2008, p. 825, afferma che la Corte ha conferito «carattere di "norma costituzionale" a canoni metacostituzionali, apparsi come necessari per ricondurre a razionalità il sistema». A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 850, sostiene che la Corte ha creato «*ex nihilo* nuove metanorme costituzionali».

nella Carta novellata al fine di disciplinare i rapporti tra gli enti territoriali, vale a dire la sussidiarietà e le leale collaborazione, sfruttandone al massimo le virtualità espansive.

In primis, infatti, come detto, l'istituto della "chiamata in sussidiarietà" costituisce il portato naturale ed ineludibile dell'applicazione in senso ascendente del principio di sussidiarietà[11] nei rapporti tra Stato e Regioni, allorquando si ravvisino esigenze di esercizio unitario riguardo ad alcune funzioni amministrative relative a materie di competenza regionale. Sotto questo profilo, la Corte sottolinea e valorizza il carattere dinamico del principio in parola, la cui applicazione determina *ex se* un assetto fluido e mutevole e non statico del riparto delle competenze amministrative. I sottocriteri indicati dall'art. 118 Cost. (esigenze di esercizio unitario, differenziazione, adeguatezza), che ne condizionano l'operatività in senso ascendente o discendente, infatti, implicano e sottendono valutazioni di assetti di interessi per loro natura complesse e mutevoli. Il principio di sussidiarietà assume pertanto una valenza "procedimentale" e "consensuale" perché riceve applicazione all'esito di un procedimento al quale debbono necessariamente partecipare per far sentire la loro "voce" tutti gli enti territoriali in varia misura implicati nella corretta definizione dell'assetto di interessi connesso all'allocazione della funzione.

La Corte afferma infatti con chiarezza che la valutazione delle esigenze di esercizio unitario idonee a consentire l'attivazione del meccanismo attrattivo non è rimessa in via unilaterale agli organi statali "sussidianti" ma, al contrario, presuppone la concertazione con gli organi regionali "sussidiati" i quali, in ipotesi, potrebbero evitare lo spoglio delle funzioni dimostrando la propria capacità ed adeguatezza a svolgerle.[12] In questo aspetto si ravvisa la principale differenza (più volte rimarcata dalla Corte[13])

11 Riguardo al quale cfr., *ex plurimis*, I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003.

12 Punto 4.1 del Considerato in Diritto: «Nel congegno sottostante all'art. 118, l'attrazione allo Stato di funzioni amministrative da regolare con legge non è giustificabile solo invocando l'interesse ad un esercizio centralizzato di esse, ma è necessario un procedimento attraverso il quale l'istanza unitaria venga saggiata nella sua reale consistenza e quindi commisurata all'esigenza di coinvolgere i soggetti titolari delle attribuzioni attratte, salvaguardandone la posizione costituzionale. Ben può darsi, infatti, che nell'articolarsi del procedimento… la pretesa statale di attrarre in sussidiarietà le funzioni amministrative … risulti vanificata, perché l'interesse sottostante, quale che ne sia la dimensione, possa essere interamente soddisfatto dalla Regione la quale, nel contraddittorio, ispirato al canone di leale collaborazione, che deve instaurarsi con lo Stato, non solo alleghi, ma argomenti e dimostri la propria adeguatezza e la propria capacità di svolgere in tutto o in parte la funzione». Vi è qui, come sottolinea Q. Camerlengo, *op. cit.*, p. 3, una sorta di «inversione dell'onere della prova in ordine all'inadeguatezza del livello regionale», nella misura in cui sono le Regioni a dover dimostrare la propria adeguatezza.

13 Punto 2.2. del Considerato in Diritto, laddove la Corte afferma che i principi di sussidiarietà e adeguatezza «non possono assumere la funzione che aveva un tempo l'interesse nazionale,

con il vecchio limite dell'"interesse nazionale", la cui semplice evocazione da parte statale si risolveva in un'automatica compressione ed erosione delle competenze regionali. In pratica, pertanto, le Regioni debbono partecipare attivamente, in contraddittorio con lo Stato, al procedimento diretto all'individuazione dell'esistenza o meno di ragioni di esercizio unitario che giustifichino l'attrazione delle funzioni amministrative e delle correlative funzioni legislative. In tal modo, si aprono ampi spazi alla determinazione concertata del più adeguato assetto di esercizio delle funzioni, anche alla luce del sottostante effettivo assetto di interessi. Potrebbe infatti accadere che lo Stato rivendichi esigenze di esercizio unitario sulla scorta di una valutazione di inadeguatezza delle Regioni a svolgerle e che quest'ultime, invece, riescano a dimostrare la concreta capacità di soddisfare adeguatamente gli interessi sottesi. Allo stesso modo, viceversa, potrebbero essere le Regioni ad invocare l'intervento sussidiario statale sulla scorta di una valutazione della propria inadeguatezza all'esercizio di alcune funzioni.

La partecipazione attiva delle Regioni al procedimento di valutazione della reale consistenza delle esigenze di esercizio unitario dovrebbe assicurare il rispetto anche delle altre due condizioni indicate dalla Corte, vale a dire la ragionevolezza e la proporzionalità. In applicazione di questi criteri, l'attrazione delle funzioni amministrative risulta legittima soltanto se afferisce ad interessi di effettiva dimensione nazionale e sovraregionale e se viene realizzata nei limiti e con le modalità strettamente indispensabili al loro perseguimento.

La connotazione "procedimentale" ascritta al principio di sussidiarietà appare strettamente connessa al rilievo che la Corte attribuisce anche all'altro principio cui si faceva cenno, quello di leale collaborazione[14]. Le

la cui sola allegazione non è ora sufficiente a giustificare l'esercizio da parte dello Stato di una funzione di cui non sia titolare in base all'art. 117 Cost. Nel nuovo Titolo V l'equazione interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità né di merito, alla competenza legislativa regionale».

14 Riguardo al quale cfr. R. Bifulco, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Padova, 1995; D. Galliani, *Riflessioni sul principio e sugli strumenti della collaborazione (costituzionale) tra Stato e Regioni*, in *Quad. reg.*, 2005, p. 89 ss.; R. Bifulco, *Leale collaborazione (principio di)* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, IV, Milano, 2006, p. 3356 ss.; S. Mangiameli, *Il principio cooperativo nell'esperienza italiana (del primo e del secondo regionalismo)*, in *Teoria dir.*, 2007, p. 57 ss.; C. Bertolino, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, 2007; S. Mangiameli, *Il principio cooperativo nell'esperienza italiana del primo e del secondo regionalismo*, Roma, 2008; S. Agosta, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008; G. Sola, *La rilevanza costituzionale del principio di leale collaborazione*, in *Quad. reg.*, 2009, p. 553 ss. In ordine all'applicazione generalizzata del principio in parola riguardo a tutte le ipotesi di intreccio o sovrapposizione di competenze dei diversi livelli territoriali di governo cfr. C. Cost., n. 31/2006, in *Giur. cost.*, 2006, p. 238 ss., con nota di M. Michetti, *La Corte alle prese con la leale collaborazione*, *ivi*, p. 256 ss., ove si afferma che il principio di leale collaborazione «deve presiedere a tutti i

modalità, le sedi e gli strumenti attraverso i quali si realizza il contraddittorio Stato-Regioni sono quelli espressivi del principio in parola, dapprima elaborati nel corso dei decenni dalla Corte costituzionale e, successivamente, in parte recepiti dal legislatore. Al riguardo, occorre sottolineare come la pronuncia "capostipite" lasciasse presagire un'applicazione del principio in funzione "garantista" dell'autonomia regionale. Tale principio, infatti, riguardo alle modalità e agli strumenti applicativi, presenta diversi gradi di intensità collaborativa, più o meno incisivi dell'autonomia regionale. Ebbene, riguardo all'istituto della "chiamata in sussidiarietà", la sentenza del 2003 richiedeva l'applicazione degli strumenti provvisti della più elevata intensità collaborativa, improntati alla concertazione paritaria tra enti e alla conseguente salvaguardia dell'autonomia regionale.

In primo luogo, infatti, il principio collaborativo, nell'ottica della Corte, dovrebbe ricevere applicazione "a monte", *ex ante*, già nella fase in cui si decide se procedere o meno all'operazione attrattiva. Tale principio, inoltre, dovrebbe spiegare influenza decisiva non soltanto riguardo all'*an* della "chiamata in sussidiarietà" delle funzioni ma anche, in caso di valutazione favorevole, riguardo al *quantum* e al *quomodo*, vale a dire in ordine all'intensità e alle modalità applicative dell'istituto. Conseguentemente, poiché l'attrazione viene disposta da una legge statale, gli strumenti collaborativi dovrebbero ricevere applicazione prima o durante lo svolgimento del procedimento legislativo,[15] all'esito del quale risulterebbe emanata una particolare legge rinforzata da taluno definita "procedimentale".[16]

In secondo luogo, sul piano degli strumenti, la Corte richiama espressamente la necessità di un'intesa che, pur nel silenzio sul punto, era stata fin dall'inizio configurata come "forte". Si tratta come noto dello strumento provvisto della più elevata intensità collaborativa. Il suo mancato raggiungimento preclude infatti a ciascuna delle parti la possibilità di procedere unilateralmente superando il dissenso dell'altra. L'accordo tra le parti costituisce quindi un presupposto indefettibile per l'esercizio della competenza "attrattiva", in difetto del quale lo Stato non potrebbe procedere unilateralmente alla "chiamata in sussidiarietà".

In virtù della collocazione procedimentale e dell'elevata carica collaborativa dello strumento prescelto, si può plausibilmente sostenere che la pronuncia "capostipite" intendesse evocare il principio di leale collabora-

rapporti che intercorrono tra Stato e regioni: la sua elasticità e la sua adattabilità lo rendono particolarmente idoneo a regolare in modo dinamico i rapporti in questione, attenuando i dualismi ed evitando eccessivi irrigidimenti».

15 Come suggeriva, peraltro, anche A. D'Atena, *Le aperture dinamiche del riparto delle competenze, tra punti fermi e nodi non sciolti*, in *Reg.*, 2008, p. 814 ss.

16 Parla di creazione di un «nuovo tipo di legge» A. Ruggeri, *Il parallelismo "redivivo", op. cit.*, p. 2. L. Violini, *op. ult. cit.*, p. 599, parla di «momento di procedimentalizzazione negoziale dell'attività legislativa».

zione in chiave "garantista" dell'autonomia regionale, in modo da evitare che l'istituto della "chiamata in sussidiarietà" ne determinasse l'unilaterale compressione da parte dello Stato.[17] Peraltro il modello "garantista" prefigurato dalla Corte offrirebbe l'indubbio vantaggio di prevenire e deflazionare il contenzioso. La necessità di raggiungere una previa intesa quale condizione essenziale di attivazione della "chiamata in sussidiarietà" ridurrebbe infatti il rischio dell'insorgenza di conflitti sulla legge attrattiva siccome concertata *ex ante* spostando piuttosto il fronte dell'eventuale litigiosità sul diverso versante della sua attuazione.

L'istituto riceve applicazione in chiave "garantista" anche in relazione ad altre questioni problematiche sottoposte all'attenzione della Corte. Per quanto concerne, anzitutto, l'ambito materiale di applicazione, la sentenza "capostipite" allude alle sole materie di competenza concorrente limitandosi, in un inciso, ad affermare che la questione relativa alla possibile estensione alle materie di competenza residuale fuoriesce dal *thema decidendum*.[18] Allo stesso modo, si esclude espressamente che l'intervento attrattivo statale possa aver luogo a mezzo di una fonte regolamentare anziché di una fonte primaria.[19] La Corte perviene a questa conclusione sulla scorta di un ragionamento improntato ancora una volta alla più rigorosa salvaguardia e garanzia dell'autonomia regionale e delle fonti che ne sono diretta espressione. Viene infatti recisamente esclusa la possibilità che una fonte secondaria statale vincoli la potestà legislativa regionale o incida su disposizioni regionali preesistenti, perché ciò determinerebbe un'alterazione della «collocazione sistematica delle fonti». I regolamenti statali, infatti, assumerebbero in tal modo carattere primario e le fonti regionali si troverebbero, rispetto ad essi, in una posizione di subordinazione gerarchica, in spregio al rapporto di separazione di competenza che in realtà intercorre tra di essi.

Risulta del pari ispirata alla logica "garantista" seguita dalla Corte anche l'attribuzione alla legge statale "attrattiva" della facoltà di dettare norme di dettaglio "cedevoli", destinate a perdere efficacia a seguito dell'emanazione delle corrispondenti norme regionali. Da un lato, infatti, la Corte afferma che l'erosione delle competenze regionali che ne discende non è

17 G. Scaccia, *op. ult. cit.*, p. 50, definisce la leale collaborazione come «la vera condizione di efficienza della regola sussidiaria».

18 Al punto 2.3. del Considerato in Diritto, infatti, la Corte aveva recisamente respinto la tesi per cui i "lavori pubblici" formassero oggetto di una materia di competenza residuale, ritenendo piuttosto che ricomprendesse ambiti legislativi di volta in volta riconducibili a materie di competenza esclusiva statale o a materie concorrenti.

19 Punto 7 del Considerato in Diritto: «Se quindi… alla legge statale è consentita l'organizzazione e la disciplina delle funzioni amministrative assunte in sussidiarietà, va precisato che la legge stessa non può spogliarsi della funzione regolativa affidandola a fonti subordinate, neppure predeterminando i principi che orientino l'esercizio della potestà regolamentare, circoscrivendone la discrezionalità».

irragionevole, siccome volta ad assicurare l'immediata effettività di esercizio delle funzioni attratte. Dall'altro, però, si premura di precisare che la compressione delle competenze regionali ad opera della disciplina suppletiva statale ha carattere meramente temporaneo e che il principio di "cedevolezza" può ricevere applicazione soltanto a condizione del previo raggiungimento di un'intesa tra Stato e Regioni.[20]

In conclusione, il modello originariamente elaborato dalla sentenza n. 303/2003 riguardo ai presupposti applicativi e alle condizioni di legittimità della "chiamata in sussidiarietà" era improntato ad un'ottica spiccatamente "garantista" e collaborativa, diretta a preservare l'autonomia regionale dai possibili tentativi di prevaricazione unilaterale da parte dello Stato.

3 Primi profili di distorsione del modello nella giurisprudenza successiva

Il modello "garantista" rigorosamente delineato dalla Corte nella sentenza "capostipite" è stato sottoposto ad attenuazioni e distorsioni già ad opera delle pronunce immediatamente successive.

Un primo profilo di attenuazione ha riguardato l'ambito materiale di applicazione dell'istituto. Già nella sentenza n. 6/2004[21], infatti, la Corte – sviluppando l'*obiter dictum* contenuto nella pronuncia del 2003 – aveva astrattamente riconosciuto la possibilità di ricorrere al meccanismo attrattivo anche riguardo alle materie "innominate" ascritte alla competenza residuale regionale. Tale astratta possibilità ha ricevuto in seguito per la prima volta concreta realizzazione nella sentenza n. 242/2005[22]. È evidente che l'estensione dell'ambito applicativo dell'istituto in parola anche alle materie residuali costituisce un'alterazione dell'ottica "garantista" che aveva originariamente ispirato la Corte, risolvendosi di fatto in un'incisiva compressione dell'autonomia costituzionale regionale priva di qualsivoglia ragionevole giustificazione. Come era stato fin dall'inizio sottolineato[23], la

20 Punto 16 del Considerato in Diritto.

21 In *Giur. cost.*, 2004, p. 105 ss., con note di F. Bilancia, *La riforma del titolo V della Costituzione e la «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari»*, *ivi*, p. 137 ss., F. De Leonardis, *La Consulta tra interesse nazionale e energia elettrica*, *ivi*, p. 145 ss., e E. Pesaresi, *Nel regionalismo a tendenza duale, il difficile equilibrio tra unità ed autonomia*, *ivi*, p. 153 ss.

22 In *Giur. cost.*, 2005, p. 2088 ss.

23 In senso contrario all'applicazione dell'istituto in parola alle materie residuali cfr. A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative*, *op. cit.*, p. 2778; L. Violini, *op. ult. cit.*, p. 598; C. Bertolino, *op. ult. cit.*, p. 148; V. Onida, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze "storiche"*, in *Reg.*, 2008, p. 775; C. Bertolino, *Un tassello o un cuneo nella "chiamata in sussidiarietà" ad opera della Corte costituzionale?*, in *Reg.*, 2012, p. 161.

previsione ed applicazione del meccanismo attrattivo risulta logica e del tutto ragionevole soltanto riguardo alle materie concorrenti. La concorrenza di competenze, infatti, *sub specie* di attribuzione alla legge statale della determinazione dei principi fondamentali della materia e alle leggi regionali delle norme di dettaglio, implica e presuppone *ex se* un'inestricabile commistione, negli ambiti materiali considerati, tra interessi regionali differenziabili e interessi unitari infrazionabili, idonea a giustificare l'operazione attrattiva. Considerazioni di analogo tenore non dovrebbero di contro valere riguardo alle materie residuali. Quest'ultime, infatti, proprio in virtù della loro almeno tendenziale attribuzione alla competenza "esclusiva" regionale e della mancata previsione di qualsivoglia titolo di legittimazione dell'intervento del legislatore statale, dovrebbero in linea di principio sottendere interessi di dimensione esclusivamente regionale privi di implicazioni unitarie.

Occorre comunque precisare che l'istituto in parola può ricevere applicazione esclusivamente in riferimento a materie ascrivibili *ab origine* alla competenza legislativa regionale concorrente (siccome espressamente incluse nell'elenco di cui al terzo comma dell'art. 117) o "residuale", (siccome "innominate" e non riconducibili, in applicazione del criterio di prevalenza, ad alcun'altra tra le etichette materiali richiamate dalla medesima disposizione costituzionale). Non configura pertanto un'ipotesi di "chiamata in sussidiarietà" l'allocazione in capo agli organi statali per esigenze di esercizio unitario delle funzioni amministrative in una materia rimessa alla competenza esclusiva statale ex art. 117, comma 2, Cost. o qualificata come "trasversale"[24], anche laddove siano previste forme di coinvolgimento delle Regioni[25]. In tal caso, infatti, il legislatore statale si limita ad applicare il principio di sussidiarietà, nella sua vocazione ascensionale, in modo "fisiologico" e in senso perfettamente conforme al combinato disposto degli artt. 117 e 118 Cost., senza dar luogo ad alcuna rottura dell'assetto costituzionale delle competenze. Allo stesso modo, si fuoriesce dall'ambito applicativo dell'istituto nelle ipotesi in cui vi sia un intreccio di competenze materiali statali e regionali irrisolvibile alla luce del criterio di prevalenza[26], riguardo

24 Sulle materie "trasversali" cfr., *ex multis*, G. Scaccia, *Le competenze legislative sussidiarie trasversali*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 461 ss.; G. Arconzo, *Le materie trasversali nelle giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di N. Zanon, A. Concaro, Milano, 2005, p. 189 ss.

25 C. Cost., n. 1/2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1 ss.; n. 200/2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2316 ss., con nota di L. Carlassare, *"Norme generali regolatrici della materia" modificabili con regolamento? Un'ipotesi logicamente impossibile*, *ivi*, p. 2357 ss.; n. 225/2009, *ivi*, p. 2585 ss.; n. 232/2009, *ivi*, p. 2713 ss.; n. 251/2009, *ivi*, p. 3410 ss.

26 Sull'applicazione del quale cfr. C. Cost., n. 50/2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 395 ss., con note di S. Scagliarini, *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma della Consulta*, *ivi*, p. 486 ss., e I. Pellizzone, *La «concorrenza di*

al quale si rende pertanto necessario il ricorso agli strumenti della leale collaborazione[27]; oppure laddove l'attribuzione in capo agli organi statali

competenze» ovvero *la formazione professionale tra ordinamento civile e competenze regionali*, *ivi*, p. 3375 ss.; n. 219/2005, *cit.*; n. 231/2005, *ivi*, p. 1979 ss.; n. 133/2006, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1232 ss., con nota di C. Lombardi, *Regioni e ricerca scientifica, ovvero l'«eclissi delle materie»?*, *ivi*, p. 1240 ss.; n. 88/2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 796 ss., riguardo alla quale cfr. I. Ruggiu, *Impianti offshore: le Regioni perdono l'esclusiva della leale collaborazione a favore della Conferenza dei servizi per recuperarla solo in caso di dissenso*, in *Reg.*, p. 737 ss.; n. 166/2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1858 ss.; n. 168/2009, *ivi*, p. 1883 ss.; n. 35/2012, in *Giur. cost.*, 2012, p. 435 ss., con nota di A. Morelli, *Le conseguenze dell'invalidità: l'incerto ambito di applicazione dell'art. 27, secondo periodo, della l. n. 87 del 1953*, *ivi*, p. 439 ss., riguardo alla quale cfr. anche F. Benelli, *Recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sul riparto per materie tra Stato e Regioni e sul declino del principio di leale collaborazione*, in *Reg.*, 2012, p. 623 ss. Sugli orientamenti recenti della Corte cfr., ancora una volta, F. Benelli, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, in *Reg.*, 2011, p. 251 ss. Circa le conseguenze connesse all'applicazione sempre più marcata del criterio in parola, anche in ordine ad una "rimaterializzazione" delle materie, cfr. R. Bin, *Prevalenza senza criterio*, in *Reg.*, 2009, p. 615 ss.; Id., *La legge regionale tra «rimaterializzazione» delle materie, sussidiarietà e risurrezione dell'interesse nazionale*, in *Ist. fed.*, 2009, p. 439 ss.; F. Benelli, R. Bin, *Prevalenza e «rimaterializzazione delle materie»: scacco matto alle Regioni*, in *Reg.*, 2009, p. 1185 ss.

27 C. Cost., n. 51/2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 760 ss.; n. 168/2009, *cit.* Riguardo agli intrecci di competenze e alla necessità di risolverli attraverso il ricorso alla leale collaborazione cfr. anche C. Cost., n. 312/2002, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2413 ss.; n. 407/2002, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2940 ss., con note di F. S. Marini, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, *ivi*, p. 2951 ss., e G. Paganetto, *Potestà legislativa regionale e «limiti» alle competenze esclusive statali*, *ivi*, p. 3347 ss.; n. 536/2002, *ivi*, p. 4416 ss., con nota di A. Morrone, *Una spada di Damocle sulla potestà legislativa esclusiva delle regioni*, *ivi*, p. 4426 ss.; n. 88/2003, in *Giur. cost.*, 2003, p. 700 ss.; n. 222/2003, *ivi*, p. 1688 ss.; n. 226/2003, *ivi*, p. 1913 ss.; n. 307/2003, *ivi*, p. 2841 ss.; n. 311/2003, *ivi*, p. 2929 ss.; n. 331/2003, *ivi*, p. 3502 ss.; n. 7/2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 167 ss.; n. 14/2004, *ivi*, p. 237 ss., con note di A. Pace, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, *ivi*, p. 259 ss., G. P. Dolso, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, *ivi*, p. 265 ss., e C. Buzzacchi, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, *ivi*, p. 277 ss.; n. 272/2004, *ivi*, p. 2748 ss., con nota di S. Bellomia, *A proposito di servizi privi di rilevanza economica e di gestione dei beni culturali*, *ivi*, p. 2760 ss.; n. 320/2004, *ivi*, p. 3720 ss.; n. 345/2004, *ivi*, p. 3839 ss., con nota di G. Fares, *La disciplina in materia di appalti pubblici sotto soglia e il sistema Consip al vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 3859 ss.; n. 219/2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1911 ss.; n. 336/2005, *ivi*, p. 3165 ss., con nota di E. Di Salvatore, *La Corte, le Regioni e il «Codice delle comunicazioni elettroniche»*, *ivi*, p. 3200 ss.; n. 103/2006, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1001 ss.; n. 134/2006, *ivi*, p. 1249 ss., con note di L. Cuocolo, *Livelli essenziali: allegro, ma non troppo*, *ivi*, p. 1264 ss., e E. Pesaresi, *Art. 117, comma 2, lett. m), Cost.: la determinazione anche delle prestazioni? Tra riserva di legge e leale collaborazione, possibili reviviscenze del potere di indirizzo e coordinamento*, *ivi*, p. 1273 ss.; n. 222/2006, *ivi*, p. 2239 ss.; n. 237/2006, *ivi*, p. 2379 ss.; n. 247/2006, *ivi*, p. 2485 ss.; n. 88/2009, *cit.*; n. 339/2009, *ivi*, p. 5035 ss., con nota di E. Di Salvatore, *Lo Stato e le Regioni nel groviglio della politica energetica nazionale*, *ivi*, p. 5047 ss., riguardo alla quale I. Ruggiu, *La strategia nazionale per l'energia può essere definita senza la Conferenza Stato-Regioni perché è un atto di indirizzo preliminare. Una corretta, ma insidiosa, distinzione tra collaborazione obbligatoria e facoltativa*, in *Reg.*, 2010, p. 877 ss.; n. 167/2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2014 ss.; n. 278/210, *ivi*, p. 3397 ss., con nota di A. Colavecchio, *La Corte e l'atomo*, *ivi*, p. 3491 ss., riguardo alla quale cfr. anche L. Vespignani, *Supplenza della Corte o Justice a la carte? (a margine della sentenza 22 luglio 2010, n. 278)*, in `www.federalismi.it`, 20 ottobre

di una funzione amministrativa assume addirittura la configurazione di principio fondamentale della materia[28]. Le ipotesi finora passate in rassegna presentano comunque indubbi profili di similitudine e vicinanza con la "chiamata in sussidiarietà", soprattutto in ordine ai loro presupposti applicativi[29], per cui risulta assai difficoltoso sul piano dogmatico – anche in virtù di una non sempre precisa e rigorosa tecnica argomentativa o di richiamo dei precedenti da parte della Corte – riuscire a distinguerle.

Altro profilo di evidente distorsione del modello "garantista" è quello relativo alle forme e alle modalità dell'intervento statale. Alcune pronunce della Corte, infatti, nonostante l'espresso divieto manifestato al riguardo dalla sentenza "capostipite", hanno riconosciuto la possibilità di un intervento dei regolamenti statali nella disciplina di materie di competenza regionale (concorrente o residuale) attratte in sussidiarietà[30]. Ne è derivata, in conseguenza di quell'alterazione dell'ordine sistematico delle fonti che la pronuncia del 2003 intendeva scongiurare, un'evidente vulnerazione delle attribuzioni regionali, perpetrata dapprima in via episodica ed eccezionale[31], successivamente in modo sempre più incisivo e generalizzato[32].

Spingendosi ancora oltre, la Corte ha addirittura legittimato l'intervento statale realizzato non attraverso l'attrazione delle funzioni amministrative, bensì mediante una disciplina legislativa contenente regole direttamente

2011, e M. Cecchetti, *La Corte "in cattedra"! Una emblematica "sentenza-trattato" che si proietta ben oltre le contingenti vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame*, in *Reg.*, 2011, p. 1064 ss.; n. 33/2011, in *Giur. cost.*, 2011, p. 407 ss.; n. 330/2011, *ivi*, p. 4546 ss., riguardo alla quale cfr. G. Demuro, *La leale collaborazione nella differenziazione della spesa farmaceutica*, in *Reg.*, 2011, p. 432 ss.

28 Cfr., seppur con qualche voce contrastanti in dottrina, C. Cost., n. 378/2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3572 ss.; n. 278/2010, *cit.*

29 Come sottolinea C. Mainardis, *op. cit.*, 467 ss.

30 Si esprimeva in senso favorevole A. Ruggeri, *op. ult. cit.*, p. 4 ss., secondo il quale era perfettamente logico che l'attrazione della funzione legislativa comportasse anche, in parallelo, l'avocazione di quella regolamentare.

31 Cfr. C. Cost., n. 151/2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2144 ss., con nota di G. Scaccia, *Presupposti per l'attrazione in via sussidiaria della funzione legislativa ed esercizio della funzione regolamentare*, *ivi*, p. 1251 ss., riguardo alla quale cfr. anche M. Sias, *Titoli di intervento statali e "sussidiarietà razionalizzata" (o da razionalizzare?)*, in *Reg.*, 2005, p. 1010 ss.; n. 285/2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2777 ss., riguardo alla quale cfr. G. Demuro, *Il cinema tra leale collaborazione e intese imposte*, in *Reg.*, 2006, p. 178 ss.

32 Cfr. C. Cost., n. 213/2006, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2123 ss., con nota di C. Lombardi, *Concorso di competenze, leale collaborazione e negoziazione (ovvero precarietà) delle attribuzioni regionali in una sentenza sulla pesca*, *ivi*, p. 2151 ss.; n. 214/2006, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2159 ss., con nota di M. Michetti, *Le competenze normative sussidiarie … nel nodo delle intese fra Stato e Regioni*, *ivi*, p. 2182 ss., riguardo alla quale cfr. anche L. Cappuccio, *Principio di sussidiarietà, regolamenti di delegificazione e competenza residuale: una verifica incerta?*, in *Reg.*, 2007, p. 265 ss.; n. 63/2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 861 ss.; n. 168/2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2026 ss.; n. 76/2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 716 ss., riguardo alla quale cfr. G. Di Cosimo, *Trasfigurazione della chiamata in sussidiarietà*, in *Reg.*, 2009, p. 728 ss.

rivolte agli organi regionali, in capo ai quali viene mantenuto l'esercizio delle funzioni. In questo modo le esigenze unitarie vengono soddisfatte non attraverso l'allocazione delle funzioni in capo agli organi statali, bensì attraverso l'imposizione da parte del legislatore statale di regole uniformi cui tutte le Regioni devono soggiacere nel loro esercizio[33]. Questa modalità applicativa dell'istituto desta perplessità perché prescinde completamente dalla logica del "parallelismo a rovescio" che aveva ispirato fin dall'origine l'operazione maieutica della Corte. L'*iter* logico-argomentativo seguito dalla sentenza n. 303/2003, infatti, prende le mosse dalla considerazione che è l'esigenza di spostare verso l'alto le funzioni amministrative a determinare il contestuale spostamento nella medesima direzione delle competenze legislative. Il principio di legalità, in applicazione del quale la Corte giustifica la deroga all'assetto costituzionale delle competenze legislative in danno dell'autonomia regionale e a vantaggio dello Stato, interviene soltanto laddove vi sia stata la previa (o contestuale) attrazione delle funzioni a livello centrale per esigenze di esercizio unitario il cui soddisfacimento implica la necessità di una disciplina legislativa uniforme. Non appare pertanto plausibile né ragionevole la scelta della Corte di attribuire allo Stato la facoltà di attrarre la sola funzione legislativa, indipendentemente e a prescindere dalla previa o contestuale attrazione della funzione amministrativa, atteso il carattere di strumentalità che la prima riveste rispetto alla disciplina della seconda. Qualora non vi fossero esigenze di esercizio unitario tali da giustificare un'allocazione in capo agli organi statali delle funzioni amministrative, infatti, non vi sarebbe del pari la necessità di una disciplina unitaria di fonte statale. Gli organi regionali sarebbero in tal caso chiamati ad esercitare le funzioni nel rispetto della disciplina sostanziale e procedurale contenuta nelle rispettive leggi regionali. Al più, qualora si rendesse necessario il contemperamento dell'allocazione delle funzioni a livello regionale con la tutela di istanze unitarie, gli organi statali potrebbero ricorrere al potere sostitutivo. Anche sotto questo profilo, pertanto, gli orientamenti maturati dalla Corte negli ultimi anni hanno determinato, se non un travisamento, quantomeno una distorsione del modello "garantista" delineato dalla pronuncia "capostipite".

Il terzo ed ultimo profilo di deviazione dal modello originario riguarda i presupposti applicativi dell'istituto e i loro criteri di valutazione. Come si è visto, il buon esito della procedura attrattiva è subordinato al superamento di un test di legittimità che si compone di diversi passaggi successivi, il

33 Cfr. C. Cost., n. 88/2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 849 ss., riguardo alla quale cfr. V. De Santis, *La potestà regolamentare statale in materia regionale esclusiva: un caso di attrazione in sussidiarietà… senza sussidiarietà (nota a margine della sent. n. 88 del 2007)*, in *Reg.*, 2007, p. 818 ss., e D. Bessi, *Il turismo e le interferenze interordinamentali (legittime o legittimate) degli atti regolamentari: la Corte adotta due pesi e due misure!*, in *Ist. fed.*, 2007, p. 547 ss.; n. 165/2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1556 ss.

primo dei quali è rappresentato dalla valutazione dell'effettiva sussistenza dell'interesse unitario sotteso all'esercizio delle funzioni amministrative, alla stregua di uno *strict scrutiny* di costituzionalità informato ai canoni della ragionevolezza e proporzionalità.

Al riguardo occorre anzitutto rilevare come, contrariamente a quanto lasciava presupporre la pronuncia del 2003 circa la necessità di una valutazione concertata con le Regioni di tale presupposto, le sentenze successive hanno riconosciuto allo Stato il potere di compiere unilateralmente detta valutazione al fine di procedere, conseguentemente, all'operazione attrattiva. La conclusione cui approda la Corte rappresenta una conseguenza ineludibile della collocazione procedimentale riservata all'intervento degli strumenti collaborativi, di cui si dirà più specificamente in appresso. È sufficiente in questa sede ricordare come gli orientamenti consolidati della Corte escludono recisamente la possibilità che gli strumenti collaborativi intervengano, con efficacia rilevante e preclusiva, nel corso del procedimento legislativo statale. Basta questo a comprendere come risulti impossibile ipotizzare, allo stato, una qualsiasi forma di valutazione concertata delle esigenze unitarie tra Stato e Regioni.

La tutela dell'autonomia regionale, comunque, pur in assenza di una concertazione *ex ante*, può essere eventualmente assicurata *ex post*, mediante la sottoposizione della legge statale "attrattiva" allo stretto scrutinio di legittimità della Corte costituzionale. Sotto questo profilo, l'ottica "garantista" cui risultava improntato il modello originario è stata in parte mantenuta, seppur fortemente mitigata.

Emblematica al riguardo risulta l'evoluzione che ha contraddistinto gli orientamenti giurisprudenziali. In un primo momento, infatti, la Corte, laddove investita della questione, non si è minimamente curata di accertare e valutare, sul piano sostanziale, l'effettiva sussistenza degli interessi unitari, così come individuati unilateralmente da parte statale, rivolgendo piuttosto l'attenzione al profilo procedurale dell'operazione attrattiva, vale a dire all'effettivo coinvolgimento, a mezzo di strumenti collaborativi, delle Regioni interessate[34]. In alcuni casi, addirittura, ha *sic et simpliciter* avallato le scelte statali ritenendo implicita e di per sé corretta la valutazione degli interessi unitari compiuta al riguardo[35]. Soltanto a partire da alcune

34 Cfr. C. Cost., n. 214/2006, *cit.*; n. 328/2006, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3272 ss., con nota di A. Gentilini, *L'illegittimità dei regolamenti statali in materie di competenza non statale: ovvero quando l'interprete rende difficile ciò che il testo voleva semplificare*, *ivi*, p. 3284 ss.

35 «Limitandosi all'accertamento di una sorta di equivalenza tra *ratio legis* della normativa impugnata e istanze unitarie a fondamento della chiamata in sussidiarietà», come afferma C. Mainardis, *op. cit.*, p. 469. Cfr. sul punto anche C. Cost., n. 151/2005, *cit.*; n. 162/2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1314 ss., con nota di A. Gentilini, *Le regole della Corte costituzionale in materia di autonomia finanziaria. Spunti di riflessione a margine della sent. n. 162 del 2005*, *ivi*, p. 1323 ss.; n. 270/2005, *ivi*, p. 2461 ss.; n. 285/2005, *cit.*; n. 213/2006, *cit.*; n. 88/2007, *cit.*; n. 63/2008, *cit.*; n. 76/2009, *cit.*; n. 168/2009, *cit.*; n. 16/2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 239 ss.

recenti pronunce[36], invece, la Corte, a prescindere da ogni ulteriore considerazione circa l'applicazione degli strumenti collaborativi, ha iniziato a valutare il presupposto in parola sotto il profilo sostanziale, alla stregua dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza, spingendosi in pratica a sindacare la valutazione delle esigenze di esercizio unitario e la corretta applicazione dei criteri di cui all'art. 118 Cost. da parte del legislatore statale.

Il sindacato della Corte presenta però elementi di problematicità sotto almeno due profili. In primo luogo, i presupposti che il legislatore statale deve previamente accertare per compiere l'operazione attrattiva presentano intrinseci caratteri di flessibilità e mutevolezza oltre che di politicità[37] che ne impediscono la sottoposizione a valutazioni omogenee e precludono lo sviluppo di orientamenti unitari. Questo aspetto è ancor più aggravato dal fatto che alla loro valutazione ed applicazione provvede, in via del tutto unilaterale, l'organo statale "sussidiante", in assenza di qualsivoglia preventivo contributo da parte degli organi regionali "sussidiati". Contributo che appare invece indispensabile, alla luce di una corretta applicazione dell'art. 118 Cost., al fine di garantire l'ottimale individuazione del livello territoriale di governo adeguato all'esercizio di una funzione. Ogni valutazione in termini di adeguatezza o inadeguatezza allo svolgimento di una funzione presuppone, infatti, come detto, in virtù del carattere dinamico e procedimentale del principio di sussidiarietà e degli altri criteri di cui all'art. 118 Cost., il previo confronto tra tutti gli enti interessati e non può conseguire alla valutazione unilaterale di uno solo di essi.

In secondo luogo, la Corte mantiene il proprio giudizio su un piano puramente esterno. Non si spinge, infatti, a sindacare il merito della valutazione compiuta dal legislatore statale in ordine all'effettiva sussistenza delle esigenze di esercizio unitario e all'inadeguatezza all'esercizio delle funzioni

36 Cfr. C. Cost., n. 168/2008, *cit.*, che ha ritenuto insussistenti le esigenze di esercizio unitario riguardo agli interventi di risparmio energetico con conseguente dichiarazione di illegittimità della loro "chiamata in sussidiarietà"; n. 232/2011, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2970 ss., ove si attribuisce preminente rilievo proprio alla valutazione della sussistenza dei presupposti "sostanziali" dell'operazione attrattiva, a commento della quale cfr. M. Mengozzi, *Chiamata in sussidiarietà ed "esplicitazione" dei relativi presupposti*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4700 ss., G. Coinu, *Semplificazione amministrativa e «zone a burocrazia zero»: quando il troppo stroppia*, in *Reg.*, 2012, p. 311 ss., S. Pajno, *Le "zone a burocrazia zero" tra principio di sussidiarietà, motivazione della legge e livelli essenziali delle prestazioni. Traendo spunto dalla sent. n. 232 del 2011*, in *www.federalismi.it*, 30 novembre 2011 e M. Zuppetta, *La sentenza n. 232/2011: inammissibilità della chiamata in sussidiarietà per mancanza di motivazione della legge?*, in www.a*mministrazione in cammino.it*, 2012, e, sia pur riguardo ad un contesto in parte diverso, n. 370/2003, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3808 ss. Presenta alcune peculiarità C. Cost., n. 215/2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2466 ss., ove l'intervento attrattivo statale viene giudicato sproporzionato e privo di giustificazione perché lo Stato non aveva assunto direttamente la realizzazione delle infrastrutture energetiche, rimettendone piuttosto l'esecuzione ai privati.

37 Cfr. S. Bartole, *op. cit.*, p. 578; C. Mainardis, *op. cit.*, p. 463.

da parte delle Regioni, bensì soltanto la motivazione addotta al riguardo[38]. In pratica fino ad oggi il sindacato della Corte, nella sua massima estensione, si è risolto in un mero accertamento di difetto di motivazione. Anche sotto questo profilo, peraltro, il sindacato della Corte incontra precisi limiti e difficoltà di esplicazione, dovuti principalmente al fatto che nel nostro ordinamento non sussiste l'obbligo di motivazione delle leggi. Nell'ottica di una migliore e più corretta applicazione dell'istituto della "chiamata in sussidiarietà" sarebbe pertanto opportuno prevedere – come suggerisce taluno[39] – la necessaria indicazione ed esplicitazione, da parte della legge statale "attrattiva", delle ragioni (*sub specie* di fondamento costituzionale) che giustificano l'avocazione delle funzioni, soprattutto al fine di consentire l'esplicazione di un efficace controllo giurisdizionale da parte della Corte costituzionale. Allo stato, la *ratio* che muove il legislatore statale nel compimento dell'operazione attrattiva dovrebbe risultare, anche implicitamente, dalle pieghe dell'articolato. Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, l'ottica "garantista" implicata dal modello originario risulterebbe comunque indebolita. La motivazione fornita in via unilaterale dal legislatore statale, infatti, non riposerebbe su alcun fondamento istruttorio, siccome non preceduta da un procedimento nel quale assumano dovuto rilievo e risalto le ragioni degli enti territoriali spogliati delle funzioni.

38 Cfr. C. Cost., n. 232/2011, *cit.*, ove la questione di legittimità costituzionale viene accolta «in ragione dell'assenza nel contesto dispositivo di una qualsiasi esplicitazione, sia della esigenza di assicurare l'esercizio unitario … sia della congruità, in termini di proporzionalità e ragionevolezza, di detta avocazione rispetto al fine voluto e ai mezzi predisposti per raggiungerlo, sia della impossibilità che le funzioni amministrative *de quibus* possano essere adeguatamente svolte agli ordinari livelli inferiori». Peraltro sul piano sostanziale, come sottolinea M. Mengozzi, *op. cit.*, p. 4703, la legge "attrattiva" introduceva una disciplina destinata a ricevere applicazione soltanto nel Meridione d'Italia e non, in modo unitario, su tutto il territorio nazionale. Tale argomento di tipo "geografico" è stato completamente trascurato dalla Corte, come sottolinea G. Coinu, *op. cit.*, p. 315 ss., il quale si chiede se sia legittimo procedere attraverso l'istituto della "chiamata in sussidiarietà" ad una "differenziazione per sottrazione" del regime di esercizio delle funzioni amministrative tra le Regioni e, in caso di risposta affermativa, se sia necessaria la previsione di ulteriori requisiti rispetto a quelli prescritti dalla Corte costituzionale.

39 Cfr. M. Mengozzi, *op. cit.*, p. 4704 ss. Suggestioni in tal senso, in ordine alla necessità di esplicitare le ragioni della "chiamata in sussidiarietà", già in I. Ruggiu, *Impianti offshore*, *cit.*, p. 743. Del resto la motivazione degli atti normativi, come noto, è espressamente prevista nel diritto comunitario e non è comunque vietata nel nostro ordinamento, viste anche le aperture in tal senso della Corte costituzionale nella sent. n. 379/2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4161 ss. In senso contrario, C. Cost., n. 14/1964, in *Giur. cost.*, 1964, p. 129 ss., con note di M. Bon Valsassina, *Considerazioni sulla sentenza n. 14 della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 133 ss., e L. Paladin, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'"utilità" delle leggi*, *ivi*, p. 144 ss.; n. 171/2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1662 ss., con nota di F. Sorrentino, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*, *ivi*, p. 1676 ss. Sulla motivazione della legge cfr. S. Boccalatte, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008; M. Picchi, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011.

In conclusione, gli orientamenti giurisprudenziali formatisi riguardo ai tre profili di cui si è dato conto finora (ambito di applicazione; forme e modalità di intervento statale; valutazione dei presupposti applicativi), hanno determinato, nel loro complesso, un'evidente "trasfigurazione" del modello "garantista" originariamente tracciato dalla pronuncia "capostipite".

4 L'applicazione in senso "compensativo" del principio di leale collaborazione: A) la collocazione procedimentale

Il profilo riguardo al quale si registrano i maggiori scostamenti dal modello "garantista" delineato dalla sentenza n. 303/2003 è quello relativo all'applicazione del principio di leale collaborazione. La sentenza "capostipite" – come detto – prefigurava un'applicazione preventiva, sul piano legislativo, del principio in parola e richiedeva espressamente il ricorso allo strumento provvisto della maggiore e più intensa carica collaborativa, vale a dire l'intesa in senso forte. Tale suggestione aveva ricevuto espressa conferma in una pronuncia immediatamente successiva[40]. In quest'ottica, pertanto, le procedure collaborative avrebbero dovuto necessariamente incidere sull'*iter* legislativo statale di approvazione della legge "attrattiva", condizionandone gli esiti e i contenuti[41]. In pratica, infatti, il procedimento legislativo attrattivo veniva condizionato al previo raggiungimento dell'intesa sia in ordine al suo avvio (*an*) che in ordine al suo livello di incisività (*quantum*) e alle sue modalità di svolgimento (*quomodo*).

Gli orientamenti giurisprudenziali successivi hanno profondamente inciso su tutti quanti i profili connessi all'applicazione di questo principio, a partire da quello relativo alla fase del procedimento attrattivo nella quale è destinato a trovare ingresso. A questo riguardo, si è assistito allo scivolamento "a valle" delle procedure e degli strumenti collaborativi. Le pronunce della Corte che si sono succedute nel corso degli anni, infatti, hanno costantemente e recisamente negato che, a Costituzione invariata, le procedure collaborative possano svolgere un'efficacia vincolante sui procedimenti diretti all'emanazione delle fonti statali di rango primario[42].

40 Si allude a C. Cost., n. 6/2004, *cit.*, ove si legge che legge statale attrattiva «deve risultare adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque,deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi statali».

41 Come sottolinea, seppur in ottica "compensativa", S. Mangiameli, *Giurisprudenza costituzionale creativa*, *cit.*, p. 832.

42 Cfr. C. Cost., n. 437/2001, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4067 ss.: «il principio di leale collaborazione fra Stato e regioni non può essere dilatato fino a trarne condizionamenti, non altrimenti riconducibili alla Costituzione, rispetto alla formazione e al contenuto delle leggi». In senso conforme, in epoca successiva alla Novella del 2001, Corte cost., n. 376/2002, in *Giur. cost.*,

Si tratta peraltro di una conclusione "necessitata" sul piano costituzionale. *In primis*, infatti, i principi cui si ispira il sistema delle fonti non consentono la configurazione di ipotesi di aggravamento dell'*iter* legislativo ulteriori rispetto a quelle direttamente previste dalla Carta o da altre disposizioni di rango costituzionale. In secondo luogo, in attesa e in assenza di una riforma del bicameralismo paritario, non sussiste comunque una sede nella quale il principio di leale collaborazione possa ricevere adeguata rappresentazione e sviluppo.

Conseguentemente, l'omesso ricorso alle procedure collaborative o il mancato rispetto del loro esito, laddove la loro osservanza non sia direttamente o indirettamente imposta dalla Costituzione ma solo prescritta dalla legge, non determina alcun conseguenza in ordine alla legittimità costituzionale degli atti legislativi. Il principio di leale collaborazione, pertanto, può trovare ingresso nel procedimento legislativo soltanto a mezzo di strumenti di tipo meramente consultivo e provvisti di efficacia politica e non giuridica[43]. Considerazioni analoghe valgono anche per i decreti legge, riguardo ai quali la necessità ed urgenza di provvedere sconsiglia a maggior ragione il ricorso alle procedure collaborative[44].

Viceversa, il principio di leale collaborazione acquista maggiore efficacia in riferimento ai decreti legislativi, *sub specie* di vero e proprio vincolo procedurale. Laddove previste dalla legge delega, infatti, le procedure

2002, p. 2791 ss.; n. 196/2004, *cit.*; n. 31/2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 201 ss.; n. 231/2005, *cit.*; n. 133/2006, *cit.*; n. 98/2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 948 ss.; n. 387/2007, *ivi*, p. 4295 ss., con note di E. Balboni, *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, *ivi*, p. 4333 ss. e S. Boccalatte, *Annullare il nulla? Osservazioni minime in tema di auto qualificazione della «base giuridica» della legge*, *ivi*, p. 4344 ss.; n. 401/2007, *ivi*, p. 4447 ss., con note di L. Cassetti, *Appalti e concorrenza: quante sono le «anime» della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza»?*, *ivi*, p. 4559 ss., e C. Lombardi, *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*, *ivi*, p. 4569 ss.; n. 1/2008, *cit.*; n. 159/2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1903 ss.; n. 371/2008, *ivi*, p. 4420 ss.; n. 372/2008, *ivi*, p. 4453 ss.; n. 88/2009, *cit.*; n. 225/2009, *cit.*; n. 232/2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2713 ss.; n. 16/2010, *cit.*; n. 278/2010, *cit.*; n. 33/2011, *cit.*; n. 8/2013, in *Giur. cost.*, 2013, p. 180 ss. In senso critico sul punto P. Caretti, *Le sentenze nn. 303/2003 e 14/2004: due letture «creative» del nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Reg.*, 2008, p. 807.

43 Come aveva fin dall'inizio sottolineato P. Caretti, *Gli "accordi" tra Stato, Regioni e autonomie locali: una doccia fredda sul mito del "sistema delle conferenze"?*, in *Reg.*, 2002, p. 1171 ss.

44 Cfr. C. Cost., n. 298/2009, *cit.*: «questa Corte ha più volte escluso che l'esercizio dell'attività legislativa possa essere sottoposto alle procedure di leale collaborazione. Tale rilievo, formulato in riferimento al procedimento legislativo ordinario, vale a maggior ragione per una fonte come il decreto-legge, la cui adozione è subordinata, in forza del secondo comma dell'art. 77 Cost., alla mera occorrenza di "casi straordinari di necessità e urgenza". La particolare celerità con cui detta fonte deve poter essere approvata ed entrare in vigore, nonché la peculiarità dei casi in cui può essere adottata e del procedimento di conversione in legge escludono infatti, secondo la chiara formulazione dell'evocato parametro costituzionale, che nel caso di specie sia ravvisabile una qualsivoglia necessità di previo coinvolgimento delle Regioni nella formulazione del decreto legge».

collaborative assumono la valenza di limiti "ulteriori"[45] (rispetto a quelli "primari" di cui all'art. 76 Cost.) al cui rispetto è astretto il Governo e si configurano pertanto come vere e proprie norme interposte la cui violazione determina l'illegittimità costituzionale del decreto legislativo[46]. In tal caso come ha avuto modo di chiarire la Corte[47] il decreto legislativo risulta viziato nella sola ipotesi in cui le procedure collaborative non siano state avviate o concluse e non anche nella diversa ipotesi di violazione del contenuto delle intese o degli accordi, inidoneo a configurare vincoli alla discrezionalità legislativa[48].

La pressoché nulla efficacia ascritta al principio e agli strumenti collaborativi sul piano legislativo comporta un'evidente alterazione del modello "garantista" originario prefigurato dalla Corte nel 2003, colpito proprio nel suo asse portante. L'intervento *ex ante*, "a monte", in sede prelegislativa o legislativa degli strumenti collaborativi, infatti, nelle intenzioni della Corte aveva la precipua funzione di garantire il previo confronto tra "sussidianti" e "sussidiati" e l'avvio di un procedimento legislativo attrattivo concordato tra le parti nei tempi, nei contenuti e nelle modalità di realizzazione e perciò stesso realmente rispettoso dall'autonomia regionale. Viceversa,

45 Riguardo ai quali cfr. S. M. Cicconetti, *I limiti "ulteriori" della delegazione legislativa,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 568 ss.; M. Ruotolo, *Delega legislativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, *cit.*, p. 1768 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, p. 177 ss. Parla di limiti "coessenziali" E. Malfatti, *Corte costituzionale e delegazione legislativa, tra "nuovo volto" procedurale e sottoposizione al canone dell'interpretazione conforme*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, p. 2119. Sulla delegazione legislativa quale «*modo di produzione normativa potenzialmente negoziale*» cfr. S. Staiano, *Delega per le riforme e negoziazione legislativa*, in *I mutamenti della forma di governo*, a cura di M. Siclari, Roma, 2008, p. 59 ss.

46 Come rileva A. Carminati, *Dal raccordo politico al vincolo giuridico: l'attività della Conferenza Stato-Regioni secondo il giudice costituzionale*, in *Reg.*, 2009, p. 264 ss., il rispetto dei "limiti ulteriori" si impone al Governo in forza dell'art. 76 Cost. e non del principio di leale collaborazione.

47 Cfr. C. Cost., n. 33/2011, *cit.*, riguardo alla quale cfr. A. Baraggia, *Il principio di leale collaborazione tra fatto e diritto*, in *Reg.*, 2011, p. 1246 ss.; A. Danesi, *La Corte alle prese con una nuova declinazione del principio di leale collaborazione: la collaborazione "irrituale"*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1509 ss.; A. Sterpa, *Un parere "artificiale": prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 2011, n. 33*, in www.federalismi.it, 2011; R. Santi, *La cooperazione in un ragionevole lasso di tempo. Brevi osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2011*, in www.federalismi.it, 2011. C. Cost., n. 401/2007, *cit.*: «*In linea di massima, non sussiste alcuna violazione del principio di leale collaborazione nel caso in cui le modifiche introdotte allo schema di decreto legislativo successivamente alla sua sottoposizione alla Conferenza unificata siano imposte dalla necessità di adeguare il testo alle modifiche suggerite in sede consultiva (vedi la sentenza numero 179 del 2001). In tale caso, non è necessario che il testo modificato torni nuovamente alla Conferenza per un ulteriore parere, anche perché altrimenti si innescherebbe un complesso e non definibile meccanismo di continui passaggi dall'uno all'altro dei soggetti coinvolti*».

48 Sul punto cfr. I. Ruggiu, *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, in *Reg.*, 2011, p. 543 ss.

l'impossibilità per le Regioni di far sentire le propria voce e di far valere le proprie ragioni anche in ordine ad un'affermata adeguatezza allo svolgimento delle funzioni nella fase immediatamente antecedente all'avvio del procedimento legislativo e in contradditorio con lo Stato, rimette di fatto in capo a quest'ultimo il compito di procedere all'accertamento e alla valutazione dei presupposti giustificativi dell'operazione attrattiva (*sub specie* di esigenze di esercizio unitario) e, conseguentemente, di decidere unilateralmente, con buona pace dell'autonomia regionale, se procedere o meno all'avocazione delle funzioni, alla loro "chiamata in sussidiarietà".

Gli orientamenti giurisprudenziali appena richiamati, però, non potevano disconoscere completamente le indicazioni della pronuncia "capostipite", laddove aveva espressamente individuato nel previo ricorso agli strumenti collaborativi e addirittura nel raggiungimento di un'intesa forte un presupposto indefettibile di legittimità della "chiamata in sussidiarietà". Preso pertanto atto dell'impossibilità – dovuta prevalentemente a ragioni di carattere strutturale del nostro sistema costituzionale – di ascrivere un qualsivoglia rilievo al principio di leale collaborazione nella fase prelegislativa e legislativa, la Corte ha provveduto a spostarne il momento di intervento "a valle", riguardo alla diversa fase dell'attuazione e dell'esecuzione, sul piano regolamentare ed amministrativo, della legge "attrattiva", in riferimento all'adozione degli atti amministrativi generali, alle concrete modalità di esercizio delle funzioni e ai procedimenti diretti all'emanazione dei provvedimenti amministrativi. La Corte cerca in tal modo di mitigare, di "compensare" lo sfregio arrecato all'autonomia regionale dall'attribuzione allo Stato della facoltà di decidere unilateralmente circa la "chiamata in sussidiarietà", attraverso la restituzione alle Regioni di un ruolo di maggior rilievo ed incisività, *sub specie* di compartecipazione, nella fase di attuazione e sviluppo sul piano amministrativo della legge "attrattiva". Ciò si realizza attraverso la previsione di un duplice vincolo a carico del legislatore statale. La legge statale, infatti, nel disciplinare l'esercizio delle funzioni attratte deve anzitutto necessariamente prevedere, a pena di illegittimità costituzionale, l'intervento di strumenti collaborativi con le Regioni; in secondo luogo, deve scegliere gli strumenti ritenuti di volta in volta più idonei, in virtù della loro maggiore o minore carica collaborativa, a "compensare" adeguatamente le Regioni per il *vulnus* inferto alla loro autonomia. Il controllo in ordine all'effettivo rispetto del duplice vincolo da parte del legislatore statale è rimesso alla Corte costituzionale che, in effetti, è più volte intervenuta con pronunce di tipo manipolativo. In particolare, nell'ipotesi in cui il legislatore statale ometta completamente la previsione di strumenti collaborativi, la Corte interviene ad integrare la disposizione lacunosa con una sentenza additiva. Nella diversa ipotesi in cui la Corte reputi necessaria la previsione di uno strumento provvisto di maggiore intensità collaborativa rispetto a quello indicato dalla legge, interviene invece con una sentenza sostitutiva, attraverso la quale modi-

fica il testo della disposizione legislativa mediante la sostituzione di uno strumento all'altro.

L'intervento della Corte, inoltre, può essere invocato anche in un momento successivo, in sede di concreto esercizio delle funzioni amministrative attratte. Laddove gli organi statali omettessero di attivare le procedure collaborative prescritte dalla legge, oppure adottassero un provvedimento amministrativo dal contenuto contrastante con le resultanze di dette procedure, le Regioni potrebbero infatti sollevare conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte.

Alla luce dei consolidati orientamenti giurisprudenziali, pertanto, il principio di leale collaborazione è destinato a ricevere applicazione e svolgimento, quale presupposto di legittimazione della "chiamata in sussidiarietà", sul piano amministrativo e non su quello legislativo. Ne deriva, come detto, l'esclusione in *nuce* della possibilità per le Regioni di far sentire la propria voce e far valere le proprie ragioni nella fase in cui si procede non soltanto all'accertamento dell'effettiva sussistenza dei presupposti applicativi dell'istituto (*in primis*, le esigenze di esercizio unitario), ma anche alla scelta dello strumento collaborativo ritenuto più idoneo a "compensare" il *vulnus* inferto all'assetto costituzionale delle competenze[49].

L'autonomia regionale, inoltre, ne esce ulteriormente dimidiata sotto almeno due profili. Anzitutto, il sindacato esperito dalla Corte sulle opzioni legislative relative agli strumenti collaborativi, come si vedrà di qui a poco, presta il fianco ad un ampio margine di discrezionalità e ha finito con il dare luogo a orientamenti incerti e mutevoli inidonei a garantire la stabile e sicura salvaguardia delle attribuzioni regionali. In secondo luogo, il coinvolgimento procedimentale delle Regioni, attraverso il ricorso agli strumenti collaborativi, nel concreto esercizio delle funzioni amministrative attratte non riesce a fornire un'adeguata "compensazione" rispetto alla lesione delle loro attribuzioni costituzionali sul piano legislativo[50].

5 (segue) B) l'incerta individuazione delle sedi e degli strumenti della collaborazione

Si è assistito alla progressiva trasfigurazione dell'originario modello "garantista" anche in riferimento alle sedi di svolgimento del principio di leale collaborazione (c.d. collaborazione istituzionale) e agli strumenti

49 D'altro canto vi è chi, come I. Ruggiu, *op. ult. cit.*, p. 541 ss., ha evidenziato anche gli aspetti positivi connessi alla trasposizione del principio sul versante amministrativo, quali la partecipazione all'elaborazione di fonti secondarie o di atti amministrativi generali implicanti decisioni politiche di rilievo in ordine ad es., alla ripartizione delle risorse o alle modalità attuative delle leggi.

50 Come sottolineano anche A. Carminati, *op. cit.*, p. 295; C. Bertolino, *op. ult. cit.*, p. 165.

attraverso i quali tale principio riceve concreta applicazione (c.d. collaborazione funzionale).

In ordine al primo profilo, occorre anzitutto sottolineare che lo scivolamento "a valle" dell'applicazione del principio di leale collaborazione è principalmente, se non esclusivamente dovuto ad una carenza di tipo istituzionale-ordinamentale. Si allude ovviamente, come già si era in parte anticipato, all'assenza nel nostro ordinamento di una Camera rappresentativa delle autonomie territoriali[51], unica possibile sede idonea a consentire al principio di leale collaborazione di spiegare la propria efficacia anche all'interno del procedimento legislativo con conseguente attribuzione alla Regioni di un ruolo di codecisione paritaria con lo Stato riguardo all'attivazione ed attuazione dell'operazione attrattiva. Proprio dalla constatazione dell'assenza di un organo di tal fatta, oltreché dal tenore letterale degli artt. 70 ss. Cost. (che non prevedono alcun aggravamento procedimentale *sub specie* di osservanza di procedure collaborative), la Corte costituzionale ha preso le mosse per escludere recisamente ogni possibile, seppur minima incidenza vincolante sull'*iter* formativo delle fonti statali di rango primario del principio in parola, relegandone di fatto l'applicazione al versante amministrativo.

In attesa dell'auspicata riforma del nostro bicameralismo evocata dalla stessa Corte costituzionale in molteplici *obiter dicta* , le uniche sedi allo stato disponibili ad ospitare e favorire il confronto e la concertazione tra Stato e Regioni sono le Conferenze[52], il cui ruolo fondamentale in ordine all'appli-

51 In ordine alla "bicameralina" di cui all'art. 11. l. cost. n. 3/2001 cfr. V. LIPPOLIS, *Le ragioni che sconsigliano di attuare l'articolo 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Rass. parl.*, 2007, p. 61 ss.; N. LUPO, *Sulla necessità costituzionale di integrare la Commissione parlamentare per le questioni regionali*, *ivi*, p. 357 ss., nonché M. MANETTI, *Parlamento e Regioni: l'inattuazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali in composizione integrata*, in *La riforma dei regolamenti parlamentari*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo, Roma, 2009, p. 177 ss. Per quanto concerne, invece, l'istituzione di un vero e proprio Senato delle Autonomie cfr. S. BONFIGLIO, *Il Senato in Italia. Riforma del bicameralismo e modelli di rappresentanza*, Roma, Bari, 2006; C. DE FIORES, *Prospettive di riforma del bicameralismo in Italia*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 527 ss.; A. D'ATENA, *Seconda Camera e regionalismo nel dibattito costituzionale italiano*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli De' Santi*, a cura di A. Pisaneschi, L. Violini, I, Milano, 2007, p. 321 ss.; ID., *Un Senato "federale". A proposito di una recente proposta parlamentare*, in *Rass. parl.*, 2008, p. 243 ss.; L. CASTELLI, *Il Senato delle Autonomie. Ragioni, modelli, vicende*, Padova, 2010. Si esprimono in senso contrario all'istituzione di una Camera rappresentativa delle Regioni I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, 2006; R. BIN, I. RUGGIU, *La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello di Camera delle Regioni*, in *Ist. fed.*, 2006, p. 903 ss.

52 Riguardo alle quali cfr. P. A. CAPOTOSTI, *Regione: IV) Conferenza Stato-Regioni* (voce), in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991; G. PASTORI, *La Conferenza Stato-Regioni fra strategia e gestione*, in *Reg.*, 1994, p. 1261 ss.; F. PIZZETTI, *Il sistema delle Conferenze e la forma di governo italiana*, in *Reg.*, 2000, p. 473 ss.; P. CARETTI, *Il sistema delle conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale*, *ivi*, p. 547 ss.; I. RUGGIU, *Conferenza Stato-Regioni: un*

cazione del principio di leale collaborazione è stato rimarcato dalla stessa Corte costituzionale[53]. Tali organi, però, a ben vedere, non sono in grado di consentire un'applicazione del principio di leale collaborazione realmente paritaria e garantista dell'autonomia regionale, soprattutto in virtù delle molteplici carenze strutturali e funzionali che li contraddistinguono. Alla scarsa incisività degli strumenti di cui dispongono della quale si parlerà di qui a poco si sommano infatti il ridotto livello di rappresentatività degli enti territoriali[54] e l'assoluta informalità delle procedure decisionali[55].

Peraltro, nella variegata e multiforme congerie di Conferenze sorte nel corso dei decenni, risulta in alcuni casi particolarmente difficoltosa l'individuazione di quella deputata ad ospitare il confronto tra lo Stato e gli enti territoriali. La Corte, negli orientamenti sviluppatisi in questo decennio, ha applicato il criterio della dimensione dell'interesse inciso dalle funzioni attratte in sussidiarietà. Nel caso in cui i provvedimenti conseguenti all'esercizio di dette funzioni rivestano carattere generale (atti di indirizzo, programmazione o ripartizione delle risorse) ed incidano sugli interessi di tutte o comunque di una pluralità di Regioni, la sede più idonea ad ospitare le procedure collaborative viene individuata nella Conferenza Stato-Regioni[56]. Di contro, è sufficiente l'avvio di procedure collaborative con le singole Regioni per l'adozione di puntuali provvedimenti di amministrazione attiva incidenti su interessi di loro esclusiva pertinenza (es. localizzazione di un'infrastruttura)[57]. La Corte, inoltre, di recente, ha san-

istituto del federalismo "sommerso", *ivi*, p. 853 ss.; F. S. Marini, *La «pseudocollaborazione» di tipo organizzativo: il caso della Conferenza Stato-Regioni*, in *Rass. parl.*, 2001, p. 649 ss.; I. Ruggiu, *La Conferenza Stato-Regioni nella XIII e XIV legislatura*, in *Reg.*, 2003, p. 195 ss.; A. Sterpa, *Il "sistema delle Conferenze" e l'attuazione del Titolo V*, in *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, a cura di B. Caravita di Toritto, Milano, 2004, p. 309 ss.; G. Carpani, *La Conferenza Stato-Regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Bologna, 2006; R. Bifulco, *Conferenza Stato-Regioni*, in *Dizionario di diritto pubblico*, *cit.*, p. 1229 ss.; Id., *Il modello italiano delle conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Reg.*, 2006, p. 233 ss.; R. Carpino, *Evoluzione del sistema delle Conferenze*, in *Ist. fed.*, 2006, p. 13 ss.; V. Antonelli (a cura di), *Città, Province, Regioni, Stato. I luoghi delle decisioni condivise*, Roma, 2009; A. Carminati, *op. cit.*, p. 257 ss.; C. Tubertini, *Le Regioni e il sistema delle Conferenze: riflessioni sulle possibili riforme*, in *Ist. fed.*, 2010, p. 93 ss.; I. Ruggiu, *Il sistema delle Conferenze*, *cit.*, p. 529 ss.

53 C. Cost., n. 31/2006, *cit.*, laddove si afferma che la Conferenza è «una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione. Al suo interno si sviluppa il confronto tra i due sistemi ordinamentali della Repubblica, in esito ai quali si individuano soluzioni concordate di questioni controverse».

54 Sul punto cfr. C. Tubertini, *op. cit.*, p. 104.

55 Cfr., al riguardo, R. Bin, *Le deboli istituzioni della leale collaborazione*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4184 ss.

56 Cfr. C. Cost., n. 213/2006, *cit.*; n. 166/2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1999 ss. Per un richiamo puntuale delle numerose pronunce intervenute al riguardo cfr. C. Mainardis, *op. cit.*, p. 471.

57 Cfr. C. Cost., n. 6/2004, *cit.*; n. 270/2005, *cit.*; n. 383/2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3640

cito la sostanziale intercambiabilità tra le diverse sedi concertative, anche informali, qualora il punto di vista delle Regioni abbia comunque ricevuto effettiva ed adeguata rappresentazione[58].

Il profilo riguardo al quale, però il modello "garantista" prefigurato dalla sentenza n. 303/2003 subisce la più marcata distorsione è quello funzionale, relativo agli strumenti collaborativi-concertativi.

Come noto, gli strumenti concertativi ai quali tradizionalmente si ricorre si distinguono tra loro in virtù della diversa intensità collaborativa che caratterizza ciascuno di essi[59]. Ve ne sono infatti alcuni provvisti di minore intensità collaborativa, di tipo meramente consultivo, quali i pareri obbligatori ma non vincolanti, e altri provvisti di maggiore incisività, idonei ad instaurare un rapporto quasi paritario, di codecisione, tra i diversi enti territoriali, quale l'intesa in senso forte[60]. La previsione dell'uno o dell'altro strumento è in grado di determinare un'applicazione dell'istituto della "chiamata in sussidiarietà" in chiave "garantista" (in ossequio alla sentenza "capostipite") oppure "compensativa" (in ossequio alle pronunce

ss.; n. 214/2006, *cit.*; n. 165/2007, *cit.*; n. 278/2010, *cit.* Una recente pronuncia della Corte ha ulteriormente chiarito la distinzione tra i casi in cui è necessario l'intervento della Conferenza Stato-Regioni e quelli in cui è sufficiente il coinvolgimento della singola Regione interessata. Si allude a C. Cost., n. 79/2011, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1206 ss., ove, in riferimento ad un Fondo per le infrastrutture portuali di rilevanza nazionale, la Corte ha richiesto un'intesa con la Conferenza in ordine ai piani generali di ripartizione e con le singole Regioni interessate per gli interventi specifici riguardanti i singoli porti.

58 Si allude a C. Cost., n. 33/2011, *cit.*, laddove la Corte ha ritenuto rispettato il principio di leale collaborazione, nonostante il parere richiesto fosse stato espresso non dall'organo a ciò deputato dalla legge, vale a dire la Conferenza Stato-Regioni, bensì in via "irrituale" dalla Conferenza delle Regioni. Ciò in quanto l'espressione del parere, seppur in una sede irrituale, comprovava il rispetto del principio di leale collaborazione, siccome «sintomo di una pregressa opera di documentazione e di studio». Si esprime in senso critico al riguardo A. Baraggia, *op. cit.*, p. 1254 ss., la quale sottolinea come il mancato coinvolgimento della Conferenza unificata abbia determinato l'impossibilità di acquisire il parere degli enti locali, con conseguente violazione del principio di leale collaborazione nei loro riguardi. Nel medesimo senso anche A. Danesi, *op. cit.*, p. 1518 ss., che parla di "irritualità" e sottolinea anche la perdita di centralità del ruolo della Conferenza unificata che ne discende. A commento di C. Cost. 88/2009, *cit.*, laddove è stata individuata un'adeguata sede collaborativa anche nella Conferenza di Servizi, I. Ruggiu, *Impianti offshore*, *cit.*, p. 740 ss., rimarca il problema della fungibilità delle sedi collaborative, anche in virtù della difficoltà di distinguere i casi in cui le decisioni da assumere riguardino le Regioni *uti singuli* o nel loro complesso.

59 Riguardo ad essi cfr. L. Violini, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Un primo sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese*, in *Reg.*, 2003, p. 691 ss.

60 Sulle intese cfr. A. Costanzo, *Aspetti problematici delle intese fra Stato e Regioni*, in *Dir. soc.*, 1986, p. 401 ss.; A. D'Atena, *Sulle pretese differenze tra intese "deboli" e pareri, nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3908 ss.; S. Agosta, *Dall'intesa in senso debole alla leale cooperazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità*, in *Quad. reg.*, 2004, p. 703 ss.; M. Cecchetti, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della «codecisione paritaria» evitandone gli effetti perversi*, in *Reg.*, 2004, p. 1044 ss.

successive della Corte). Qualora, infatti, come pareva suggerire la sentenza del 2003, si ricorra a strumenti concertativi provvisti di elevata intensità collaborativa, quale l'intesa forte, l'autonomia regionale risulterebbe efficacemente e sufficientemente garantita. Qualora, di contro, il principio di leale collaborazione si esplicasse attraverso la previsione di strumenti provvisti di ridotta intensità collaborativa, quali l'intesa debole o addirittura il parere, l'autonomia regionale risulterebbe inadeguatamente garantita e destinata aprioristicamente a soccombere di fronte alle istanze unitarie poste a base dell'operazione attrattiva.

Ebbene, sotto questo profilo il pendolo oscilla decisamente a favore del modello "compensativo". L'acclarata impossibilità di applicare il principio in fase prelegislativa comporta infatti la rimessione alla valutazione discrezionale ed unilaterale del legislatore statale di ogni decisione in merito alla scelta dello strumento collaborativo, senza che alcuna influenza al riguardo possano spiegare le Regioni.

Allo stesso modo, le numerose pronunce manipolative (sostitutive o additive) con le quali la Corte costituzionale è intervenuta a censurare le previsioni legislative statali non sono state a loro volta in grado di fornire adeguata garanzia all'autonomia regionale. *In primis*, infatti, gli orientamenti maturati al riguardo risultano improntati alla più assoluta eterogeneità e fondati su un approccio di carattere eminentemente "casistico"[61]. Il criterio di giudizio utilizzato dalla Corte appare peraltro per sua natura incerto e malfermo[62]. Anche in questo caso, i motivi sono di carattere eminentemente strutturale. La Corte, infatti, viene investita di un giudizio di comparazione e di bilanciamento tra istanze unitarie e autonomistiche provvisto di un intrinseco carattere di politicità che sarebbero più adeguati a svolgere, attraverso un confronto paritario in sede legislativa, gli enti portatori dei rispettivi interessi, vale a dire lo Stato e le Regioni.

Ciononostante, negli orientamenti della Corte e negli esiti cui è approdata di volta in volta in ordine alla scelta dello strumento collaborativo reputato più adeguato si riscontrano comunque alcune linee di fondo[63]. Così, nei casi in cui ha ravvisato l'incisione di interessi autonomistici di ridotto livello, la Corte ha ritenuto sufficiente il ricorso a strumenti concertativi "atipici" e di bassa intensità collaborativa quali la partecipazione ad organi

61 Come è stato a ragione sottolineato da C. MAINARDIS, *op. cit.*, p. 464 ss., il quale parla di prevalenza della "casistica" sulla "sistematica" e di sistema di riparto di attribuzioni tra Stato e Regioni «a debole razionalizzazione». Cfr. anche A. CARMINATI, *op. cit.*, p. 257.

62 Cfr. C. Cost., n. 62/2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 562 ss.: «il livello e gli strumenti della collaborazione possono naturalmente essere diversi in relazione al tipo di interessi coinvolti e alla natura e all'intensità delle esigenze unitarie che devono essere soddisfatte». Su questa pronuncia cfr. N. MACCABIANI, *L'acquis della sentenza n. 62 del 2005: l'interesse nazionale (?)*, in *Reg.*, 2005, p. 971 ss.

63 Sul punto cfr. G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale*, *cit.*, p. 88 ss.

a composizione mista[64], il "confronto tecnico"[65], lo scambio di informazioni e la trasmissione di dati[66]. Nelle ipotesi in cui l'esercizio delle funzioni attratte conduce invece all'emanazione di provvedimenti puntuali involgenti interessi specifici e territorialmente limitati, quali gli atti di nomina, o gli atti normativi di carattere "tecnico", la Corte ritiene adeguata e sufficiente la previsione del parere obbligatorio ma non vincolante[67]. A dispetto delle previsioni della pronuncia "capostipite", infine, che parevano richiederne l'applicazione generalizzata, la Corte ritiene necessario il ricorso allo strumento provvisto di maggiore intensità collaborativa, l'intesa, ed in particolare a quella forte, soltanto in presenza di atti di carattere generale quali quelli di programmazione o di ripartizione delle risorse, siccome idonei a toccare l'indirizzo politico regionale e quindi incisivi di interessi regionali di rilevante entità[68].

In aggiunta, la Corte ha provveduto al graduale depotenziamento degli strumenti collaborativi, privandoli delle connotazioni "garantiste" dell'autonomia regionale che li contraddistinguevano *ab origine* e favorendone anzi progressivamente l'applicazione in senso favorevole alle istanze unitarie. Sotto questo profilo, la Corte sembra preoccuparsi di garantire la "lealtà" della collaborazione piuttosto che la sua efficacia. In pratica, lo scrutinio della Corte è rivolto ad accertare esclusivamente il fatto che l'attività collaborativa sia stata improntata alle modalità e ai canoni della più assoluta "lealtà" e non che abbia garantito l'effettiva ed efficace par-

64 Cfr. C. Cost., n. 232/2009, *cit.*

65 Cfr. C. Cost., n. 330/2011, *cit.*

66 Sullo scambio di informazioni quale strumento «con il quale si esplica, ad un livello minimo, la leale cooperazione tra Stato e Regioni, in vista dell'esigenza di garantire il più efficiente esercizio delle attribuzioni tanto statali, quanto regionali», cfr. C. Cost., n. 327/2003, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3114 ss., con nota di E. Di Benedetto, *Decretazione d'urgenza in materie di competenza regionale. Spunti di riflessione*, *ivi*, p. 3979 ss.; n. 104/2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1171 ss., a commento della quale cfr. A. Simonati, *La leale collaborazione "informativa": un principio "seminuovo" nei rapporti fra legislatore statale e regionale?*, in *Reg.*, 2010, p. 1330 ss., la quale ravvisa il fondamento dello scambio di informazioni tra amministrazioni pubbliche di diverso livello nell'art. 97 della Carta.

67 Cfr. C. Cost., n. 285/2005, *cit.*; n. 383/2005, *cit.*; n. 214/2006, *cit.*; n. 232/2009, *cit.*; n. 278/2010, *cit.*

68 Cfr., ad es., C. Cost., n. 134/2006, *cit.*; n. 278/2010, *cit.*, laddove la Corte ravvisa la necessità dell'intesa nei casi in cui l'attrazione in sussidiarietà «implica un'alterazione dell'ordinario rapporto tra processo di integrazione politica affidato allo Stato e processo di integrazione politica proprio del sistema regionale, con l'effetto che il nucleo fondante di una decisione espressiva di discrezionalità legislativa si trova collocato interamente entro la prima sfera, e viene sottratto alla seconda. In presenza di un tale effetto, ed al fine di assicurare l'emersione degli interessi intestati dalla Costituzione all'autonomia regionale, la legge statale deve garantire la riespansione delle capacità decisionali della Regione interessata, per mezzo di una paritaria codeterminazione dell'atto, non superabile per mezzo di una iniziativa unilaterale di una delle parti».

tecipazione delle Regioni ed escluso l'aprioristica prevalenza delle istanze unitarie.

Ciò appare di palmare evidenza già in riferimento agli strumenti meramente consultivi. La Corte, infatti, ha ribadito anche in alcune recenti pronunce[69] che l'onere collaborativo può ritenersi assolto ove la procedura consultiva si sia svolta nel rispetto dei canoni della reciproca lealtà, gravanti in misura diversa sul consultante e sul consultato. Il consultante, infatti, assolve all'onere di lealtà imposto a suo carico semplicemente ponendo il consultato nella condizione di pronunciarsi effettivamente e con cognizione di causa, attraverso la trasmissione di tutta la documentazione e gli elementi conoscitivi necessari e -qualora un termine di scadenza non sia direttamente previsto dalla legge- l'assegnazione di un lasso di tempo congruo e ragionevole per la formulazione del parere. Correlativamente il consultato, qualora sia stato messo effettivamente nelle condizioni di pronunciarsi, per assolvere l'onere gravante a suo carico deve necessariamente formulare il parere entro il termine congruo e ragionevole prescritto dalla legge o assegnatogli dal consultante. In pratica, pertanto, una volta spirato il termine, il consultante può procedere unilateralmente senza la necessità di attendere l'effettiva espressione del parere da parte del consultato. La mancata formulazione in termini del parere viene infatti implicitamente a configurarsi come un comportamento elusivo e sleale da parte del consultato, espressivo di una volontà di non collaborare. A tacere del fatto che ogni giudizio in ordine alla congruità e ragionevolezza del termine viene rimesso, *more solito*, alla discrezionalità della Corte, appare in ogni caso evidente come l'attribuzione di una così ridotta efficacia agli strumenti consultivi ridondi in danno dell'autonomia regionale e risulti espressiva di una concezione volta a garantire piuttosto l'aprioristica prevalenza delle istanze unitarie. Non rivestono infatti alcun valore ed anzi risultano del tutto irrilevanti non soltanto il contenuto del parere, del quale il consultante può fare strame disattendendolo a suo piacimento (trattandosi di un parere non vincolante) ma addirittura la circostanza che il parere stesso sia stato o meno effettivamente reso. Il punto di vista delle Regioni, pertanto, viene trattato alla stregua di un mero *flatus vocis*.

Considerazioni di analogo tenore valgono riguardo alle intese. Occorre sottolineare come la Corte costituzionale, per quanto consta, in riferimento all'istituto della "chiamata in sussidiarietà" non abbia mai richiesto o prescritto al legislatore statale la previsione di un'intesa debole con le Regioni. Si tratta, come noto, di uno strumento concertativo di ridotta intensità collaborativa, il cui mancato raggiungimento non impedisce in alcun modo allo Stato di procedere unilateralmente. Ai fini del rispetto del principio di leale collaborazione, infatti, in questo caso, ad avviso della Corte, è sufficiente

69 Cfr. C. Cost., n. 225/2009, *cit.*; n. 33/2011, *cit.*

che l'organo statale dimostri di avere "lealmente" intrattenuto reiterate trattative con le Regioni, anche con esito infausto, e che fornisca espressa e adeguata motivazione in ordine alle ragioni di interesse nazionale che lo hanno comunque spinto a procedere unilateralmente, pur a fronte del dissenso regionale che ha impedito la conclusione dell'intesa[70]. L'intesa debole, quindi, è uno strumento intrinsecamente congegnato in modo tale da assicurare, in ultima analisi, la prevalenza delle istanze unitarie su quella autonomistiche, senza garantire in alcun modo la parità tra di esse.

Fin dalla sentenza "capostipite", invece, proprio nell'ottica "garantista" che la ispirava, la Corte prescriveva la necessità del raggiungimento, sempre e comunque, dell'intesa forte. La conclusione di un'intesa di tal fatta dovrebbe costituire, a rigore, una condizione essenziale ed imprescindibile per l'esercizio della competenza o della funzione cui accede. In senso esattamente inverso, la mancata conclusione dell'intesa forte con le Regioni precluderebbe all'organo statale di procedere unilateralmente. Questo tipo di intesa, quindi, appare congegnato per garantire in capo alle Regioni un vero e proprio potere di codecisione rispetto allo Stato e per salvaguardare la loro autonomia a fronte di indebite pretese di aprioristica prevalenza delle istanze unitarie a mezzo di iniziative unilaterali da parte di quest'ultimo.

Ebbene, nelle pronunce successive la Corte ha di fatto gradualmente ma drasticamente depotenziato l'intensità collaborativa delle intese forti. Da un lato, infatti, si è costantemente posto l'accento sul carattere e sulla struttura necessariamente bilaterale delle stesse al fine di rimarcare come al loro mancato raggiungimento allo spirare del termine prescritto non potrebbe in alcun caso conseguire la pura e semplice adozione del provvedimento, in via del tutto unilaterale, da parte degli organi statali[71]. Dall'al-

70 Cfr. C. Cost., n. 116/1994, in *Giur. cost.*, 1994, p. 986 ss., ove la Corte giudica legittimi gli interventi operati in sostituzione dell'intesa non raggiunta «a condizione che il Governo, nell'adottare il provvedimento sul quale non è intercorsa l'intesa nel termine, fornisca un'adeguata motivazione volta a manifestare, in relazione agli argomenti addotti dalla parte regionale a sostegno del rifiuto dell'accordo, le ragioni dell'interesse nazionale che abbiano determinato lo stesso Governo a decidere unilateralmente … l'obbligo di motivazione non deve essere necessariamente previsto in una previa norma di legge … deve ritenersi connaturato al principio stesso di leale collaborazione cui deve ispirarsi il sistema complessivo dei rapporti tra Stato e Regioni … di modo che l'ipotetica previsione del potere di una delle parti di provvedere in assenza dell'intesa, senza dover addurre motivo alcuno sulle ragioni del mancato accordo e sulla superiore esigenza di provvedere unilateralmente, si risolverebbe in una violazione o in una elusione del principio di leale collaborazione, in conseguenza dell'irragionevole preferenza accordata alla parte che, dopo una certa data, potrà decidere, oltreché non tenendo conto delle posizioni della controparte, al di fuori di qualsiasi possibilità di controllo sulla lealtà del comportamento tenuto».

71 Con conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative statali contenenti previsioni di tal fatta. Cfr. C. Cost., n. 339/2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3227 ss.; n. 383/2005, *cit.*, laddove la Corte le definisce «atti a struttura necessariamente bilaterale, come tali non superabili con la decisione unilaterale di una delle parti. In questi casi,

tro, però, la Corte, mossa dalla preoccupazione di superare la situazione di stallo cui darebbe luogo il mancato raggiungimento dell'intesa forte, con conseguente pregiudizio per il soddisfacimento delle istanze unitarie, non ne ha fatto discendere un'efficacia totalmente preclusiva. Molte pronunce hanno infatti sancito che in caso di mancata conclusione dell'intesa forte gli organi statali possano procedere unilateralmente all'esercizio delle funzioni attratte, a condizione del previo esperimento di ulteriori reiterate trattative dirette a superare "lealmente" il dissenso regionale[72]. Ecco pertanto che, sulla scorta delle indicazioni contenute nelle richiamate pronunce, possono aspirare a superare il vaglio di legittimità della Corte le disposizioni della legge statale "attrattiva" che prevedono, in caso di mancato raggiungimento della prescritta intesa forte, l'esperimento di ulteriori procedure collaborative quali, a titolo esemplificativo, la designazione di commissioni paritetiche o di soggetti terzi incaricati di decidere o la partecipazione delle Regioni alla fase preparatoria del provvedimento[73]. Le decisioni assunte all'esito di dette procedure collaborative tengono luogo del dissenso regionale preclusivo del raggiungimento dell'intesa. Di contro, il loro eventuale esito infruttuoso non impedisce agli organi statali di procedere e provvedere unilateralmente, in totale spregio del dissenso regionale.

In tal modo la Corte ha finito con il tramutare anche l'intesa forte in uno strumento di ridotta portata collaborativa, volto non certo a garantire la salvaguardia dell'autonomia regionale dalle prevaricazioni statali attraverso la previsione di un reale potere di codecisione quanto piuttosto a consentire, seppur all'esito di una complessa sequenza procedurale in cui assumono risalto le reiterate trattative con le Regioni, la prevalenza delle istanze unitarie. Quel che è certo, come è stato da più parti sottolineato[74],

pertanto, deve escludersi che, ai fini del perfezionamento dell'intesa, la volontà della Regione interessata possa essere sostituita da una determinazione dello Stato, il quale diverrebbe in tal modo l'unico attore di una fattispecie che, viceversa, non può strutturalmente ridursi all'esercizio di un potere unilaterale»; n. 24/2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 194 ss.; n. 121/2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1358 ss., a commento della quale cfr. A. Venturi, *Dalla Legge Obiettivo al Piano nazionale di edilizia abitativa: il (ri)accentramento (non sempre opportuno) di settori strategici per l'economia nazionale*, in *Reg.*, 2010, p. 1378 ss.; n. 179/2012, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2652 ss.; n. 39/2013, in *Giur. cost.*, 2013, p. 695 ss.

72 Cfr. C. Cost., n. 339/2005, *cit.*; n. 383/2005, *cit.*; n. 24/2007, *cit.*; n. 121/2010, *cit.*; n. 33/2011, *cit.*

73 Cfr. C. Cost., n. 121/2010, *cit.*; n. 278/2010, *cit.*; n. 33/2011, *cit.*; n. 165/2011, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2171 ss. M. Cecchetti, *op. cit.*, p. 1083, suggerisce il ricorso ad un collegio arbitrale istituito *ad hoc* e presieduto dal Presidente della Repubblica.

74 Sul punto cfr. A. Anzon Demmig, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel «secondo regionalismo»: le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in *Reg.*, p. 788 ss. nonché, ancora una volta, C. Mainardis, *op. cit.*, p. 474 ss. *Contra* C. Tubertini, *op. cit.*, p. 96 ss., ad avviso della quale vi è stata una sempre più marcata utilizzazione delle intese "forti", attraverso la generalizzata applicazione dell'art. 8, comma 6, l.

è che è venuto meno l'elemento distintivo tra intese forti e intese deboli, rappresentato dall'impossibilità di procedere derivante dal mancato raggiungimento delle prime e non delle seconde. Assumono infatti esclusivo rilievo, ai fini del rispetto del principio di leale collaborazione, in entrambi i casi, i reiterati e leali tentativi di pervenire ad un accordo, indipendentemente dal suo raggiungimento. La sostanziale indistinzione tra le due tipologie di intese risulta peraltro aggravata dal fatto che il mancato raggiungimento dell'intesa forte può essere superato attraverso il semplice esperimento di ulteriori procedure collaborative, senza l'insorgenza di alcun onere motivazionale a carico degli organi statali, diversamente da ciò che avviene nel caso del mancato raggiungimento delle intese deboli.

Gli strumenti collaborativi, comunque, indipendentemente dalla loro diversa, rispettiva intensità collaborativa, sono applicati dalla Corte in modo da costituire un mero vincolo di metodo, in riferimento alle modalità della collaborazione, piuttosto che un vincolo di risultato, in riferimento agli esiti della stessa. Più in generale, e per concludere sul punto, anche il ridotto grado di applicazione riservato dalle pronunce dell'ultimo decennio al principio di leale collaborazione, riguardo alla fase di intervento, alle sedi e agli strumenti attuativi, ha contribuito in misura decisiva alla distorsione del modello "garantista" originariamente prefigurato dalla sentenza n. 303/2003.

6 La trasfigurazione definitiva del modello: la "retroversione" della "chiamata in sussidiarietà"

La trasfigurazione del modello "garantista" è stata portata a definitivo compimento da una recente sentenza[75] con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata per la prima volta sull'istituto della "reversibilità" o "retroversione" della "chiamata in sussidiarietà", riguardo al quale già da tempo si interrogava la dottrina[76].

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte riguardava, come noto, una fattispecie in cui lo Stato, con decisione unilaterale adottata tramite de-

n. 131/2003, che avrebbe determinato la trasformazione di questi strumenti da "facoltativi e atipici" in "obbligatori e tipici".

75 Cfr. C. Cost., n. 79/2011, *cit.*, relativa alla decisione statale, su impulso dell'ente locale interessato, di escludere la metropolitana di Parma dal novero delle opere di importanza strategica sul piano nazionale e di revocare il conseguente finanziamento, a commento della quale cfr. C. Bertolino, *op. ult. cit.*, p. 155 ss.; F. Guella, *La retroversione dell'attrazione in sussidiarietà, tra natura dell'intesa Stato-Regione e affidamento nei rapporti tra soggetti pubblici*, *ivi*, p. 167 ss.; D. Chinni, A. Danesi, *Chiamata in sussidiarietà con intesa e rinuncia con decreto legge*, in *Giur. it.*, 2012, p. 520 ss.

76 Cfr. G. Scaccia, *op. ult. cit.*, p. 106 ss.

creto legge e in spregio all'intesa raggiunta, aveva restituito alla Regione le funzioni amministrative precedentemente attratte in sussidiarietà[77]. La Regione lamentava la violazione del principio di leale collaborazione, al cui rispetto riteneva subordinata l'operazione attrattiva tanto nella sua fase costitutiva quanto in quella terminale-estintiva. La questione, pertanto, non riguardava in alcun modo la legittimità *ex se* dell'operazione di "retroversione", attraverso la quale si procedeva alla restituzione alle Regioni delle competenze precedentemente attratte a livello statale. La possibilità di ricorrere ad un istituto di tal fatta risultava infatti incontroversa, siccome direttamente connessa al carattere dinamico e procedimentale ascritto al principio di sussidiarietà quale criterio di riparto delle attribuzioni. Le valutazioni poste a fondamento dell'applicazione del principio (relative alla sussistenza di esigenze unitarie e all'inadeguatezza regionale al loro esercizio), infatti, vengono di volta in volta rese *rebus sic stantibus*[78] e risultano suscettibili di mutamento nel corso del tempo. Ne discende in automatico la possibilità (*rectius*, la doverosità) di restituire alle Regioni le funzioni precedentemente sottratte loro al mutare delle condizioni che ne avevano giustificato la "chiamata in sussidiarietà" da parte dello Stato.

Il *thema decidendum*, pertanto, riguardava non tanto l'*an* della "retroversione", quanto piuttosto il *quomodo*, vale a dire le modalità di svolgimento dell'operazione. Sotto questo profilo la Corte, in contrario avviso rispetto alle doglianze regionali, ha ritenuto del tutto legittima la decisione assunta in via unilaterale dallo Stato, non ravvisando la necessità di ricorrere all'applicazione del principio di leale collaborazione, *sub specie* di intesa uguale e contraria a quella prevista dalla legge "attrattiva" e già raggiunta durante la procedura di esercizio delle funzioni attratte. Le motivazioni addotte per approdare a questa conclusione sono sostanzialmente due.

Anzitutto, la Corte richiama il proprio orientamento consolidato in ordine all'assoluta irrilevanza dell'effettivo esperimento delle procedure collaborative ai fini del sindacato di legittimità degli atti legislativi, laddove la loro osservanza non sia imposta direttamente o indirettamente dalla Costituzione, a maggior ragione riguardo al decreto legge «la cui adozione è subordinata, in forza del secondo comma dell'art. 77 Cost., alla mera occorrenza di "casi straordinari di necessità e d'urgenza"». Fin qui, pertanto, *nihil novi sub soli*: la Corte non fa altro che ribadire che il principio

77 Si trattava, in specie, della revoca del finanziamento statale previsto per la realizzazione della metropolitana di Parma, inserita tra le infrastrutture strategiche di interesse nazionale. In precedenza, le funzioni relative alla progettazione e realizzazione dell'opera, in uno con la corrispettiva funzione legislativa, erano state attratte in sussidiarietà dallo Stato e nel loro concreto esercizio era già stata raggiunta un'intesa con la Regione Emilia Romagna.

78 Come sottolinea C. Mainardis, *op. cit.*, p. 482 ss, il quale puntualizza comunque che non avrebbe senso ipotizzare la "retroversione" nell'ipotesi in cui le funzioni attratte si risolvano nell'emanazione di atti amministrativi ad efficacia istantanea.

di leale collaborazione non può in alcun caso ricevere applicazione in fase prelegislativa e legislativa, *sub specie* di aggravamento procedimentale, in assenza e in attesa di una riforma in tal senso delle disposizioni costituzionali relative alle fonti statali primarie.

Ancor più pregnante risulta la seconda argomentazione addotta per giustificare l'esclusione della previa intesa quale fondamento dell'operazione di "retroversione". La Corte sottolinea infatti che il decreto legge impugnato ristabiliva l'originario assetto costituzionale delle competenze, riconducendolo «nell'alveo ordinario, quale tracciato dall'art. 117 Cost.». L'unilaterale decisione statale di escludere l'opera pubblica in questione dal novero di quelle qualificate di interesse strategico nazionale e di revocare conseguentemente il relativo finanziamento, presupponeva soltanto il venir meno delle esigenze attrattive[79], ma non ledeva in alcun modo le competenze legislative e amministrative delle Regioni. Al contrario, ne restituiva loro la piena disponibilità di esercizio. Nell'ottica della Corte, pertanto, non vi era ragione di imporre la partecipazione collaborativa delle Regioni all'operazione di "retroversione", quale fase estintiva della precedente "attrazione in sussidiarietà". Tale operazione non si traduceva infatti in una lesione, bensì in una restaurazione delle attribuzioni costituzionali regionali.

Entrambe le argomentazioni spiegate dalla Corte risultano perfettamente conformi alla logica "compensativa" che ha ispirato le pronunce dell'ultimo decennio. In primo luogo, infatti, la carenza strutturale che affligge sotto questo profilo il nostro ordinamento (vale a dire l'assenza di un organo legislativo centrale rappresentativo delle autonomie regionali) preclude sempre e comunque alle Regioni di partecipare con una seppur minima efficacia, in sede legislativa o prelegislativa, alla fase genetica ed estintiva dell'operazione attrattiva.

In secondo luogo, non avrebbe alcun senso evocare l'intervento del principio di leale collaborazione e degli strumenti che ne costituiscono esplicazione nella fattispecie della "retroversione". Secondo la logica cui si ispira la Corte costituzionale, infatti, l'intervento degli strumenti collaborativi in fase di esercizio delle funzioni attratte si rende necessario al fine di "compensare" le Regioni per lo spoglio delle attribuzioni costituzionali che hanno sofferto in conseguenza di una decisione unilaterale dello Stato. I presupposti per l'intervento del principio in parola sono insomma rappresentati dalla necessità, per lo Stato, di attrarre in sussidiarietà determinate funzioni amministrative e dalla deroga al fisiologico assetto costituzionale che ne consegue in danno delle autonomie territoriali. In quest'ottica, pertanto, laddove lo Stato ritenga venuti meno i presupposti giustificativi

79 Di questa valutazione, peraltro, non vengono in alcun modo esplicitate le ragioni da parte del legislatore statale, e la Corte a sua volta non compie alcuna verifica al riguardo.

della “chiamata in sussidiarietà” e proceda così al ripristino dell’ordine costituzionale delle competenze, l’intervento degli strumenti collaborativi risulterebbe superfluo e addirittura illogico. Non vi sarebbe, infatti, in questo caso, alcuno spoglio delle attribuzioni regionali da “compensare” ricorrendo al principio di leale collaborazione. Al contrario, le Regioni verrebbero reimmesse nell’esercizio delle funzioni delle quali erano originariamente titolari[80].

Le medesime argomentazioni, di contro, non appaiono coerenti con la logica “garantista” che aveva ispirato originariamente la Corte nell’elaborazione dell’istituto della “chiamata in sussidiarietà”. Quanto al primo profilo, abbiamo già visto come l’impossibilità per le Regioni di partecipare efficacemente in sede legislativa alla procedura attrattiva sia dovuta a cause strutturali, delle quali la Corte non ha potuto fare altro che prendere atto.

Di maggiore entità è invece la difformità dal modello “garantista” determinata dall’esclusione dell’intervento degli strumenti collaborativi. In questo modo, infatti, si rimette ancora una volta in capo ai soli organi statali la valutazione relativa all’eventuale superamento dei presupposti che giustificavano l’“attrazione in sussidiarietà” e la conseguente decisione di procedere o meno alla “retroversione”[81]. L’estromissione delle Regioni dalla partecipazione ad una procedura decisionale di tal fatta, però, si pone in aperta contraddizione con la corretta applicazione del principio di sussidiarietà che, come detto, nella sua declinazione “procedimentale”, implica necessariamente il ricorso a strumenti di tipo collaborativo-concertativo diretti a salvaguardare, attraverso l’acquisizione del loro punto di vista, le attribuzioni costituzionali delle Regioni e a garantire al contempo l’individuazione del livello territoriale più adeguato all’esercizio delle funzioni, anche in considerazione della dimensione degli interessi incisi. Così come nella fase genetica della procedura attrattiva, pertanto, allo stesso modo anche nella fase estintiva non è possibile compiere un’adeguata valutazione circa l’opportunità di mantenere o meno in capo allo Stato le funzioni attratte in assenza di una pronta ed efficace rappresentazione delle istanze e del punto di vista delle Regioni cui in ipotesi dovrebbero essere restituite. A dispetto del ragionamento seguito dalla Corte, peraltro, il *vulnus* arre-

80 Si esprime in senso favorevole F. GUELLA, *op. cit.*, p. 173 ss., in considerazione della natura non convenzionale dell’intesa e del suo valore meramente ordinatorio dell’assetto degli interessi e non vincolante per le parti, nonché della diversità tra oggetto dell’intesa e oggetto della decisione unilaterale statale, che attiene alla valutazione del carattere unitario di un interesse rimessa al livello nazionale.

81 Si esprime in senso critico rispetto alle conclusioni cui è pervenuta la Corte C. BERTOLINO, *op. ult. cit.*, p. 163 ss., la quale ritiene che l’operazione di restituzione delle funzioni attratte necessiti di un’intesa uguale e contraria a quella posta a fondamento dell’originaria chiamata. Lo stesso C. MAINARDIS, *op. cit.*, p. 477 ss., sottolinea come la soluzione cui è pervenuta la Corte determini conseguenze di rilievo nelle dinamiche dei rapporti interordinamentali provocando l’esclusione delle autonomie territoriali dalle valutazioni degli assetti di interessi.

cato alle autonomie regionali con la mancata attivazione degli strumenti collaborativi in fase di "retroversione" appare, per certi aspetti, non meno grave di quello già inferto nella precedente fase attrattiva. A fugare questa impressione non basta apoditticamente affermare -come fa la Corte nella pronuncia in commento- che gli organi statali, con la "retroversione", limitandosi a ristabilire l'assetto ordinario delle competenze non ledono in alcun modo le attribuzioni costituzionali regionali, restituendo anzi alle Regioni la facoltà di esercitarle o meno. Quest'ultime, infatti, in ipotesi, qualora fossero effettivamente consultate, potrebbero anche opporsi alla restituzione delle funzioni adducendo la persistenza delle ragioni che avevano indotto originariamente lo Stato ad attrarle in sussidiarietà. Addirittura, come ha fatto notare taluno[82], in capo alle Regioni potrebbe essersi ingenerato una sorta di "affidamento" o quantomeno un'aspettativa in ordine all'effettivo esercizio delle funzioni da parte dello Stato, che risulterebbe irrimediabilmente frustrato in caso di unilaterale "retroversione" delle stesse.

A questo proposito, il caso specifico deciso dalla Corte con la pronuncia in commento appare paradigmatico. La Regione, infatti, fin dall'inizio non si era in alcun modo opposta all'inserimento della metropolitana di Parma tra le opere di interesse strategico nazionale, anche sulla scorta della pragmatica considerazione che lo Stato avrebbe assunto su di sé, oltre all'esercizio delle funzioni, anche i relativi, consistenti, oneri finanziari. In seguito, peraltro, in fase di concreto esercizio delle funzioni, la Regione aveva addirittura raggiunto un'intesa con lo Stato in ordine alla progettazione e alla localizzazione dell'opera. In pratica, insomma, la Regione condivideva appieno le ragioni che avevano indotto lo Stato all'operazione attrattiva e riteneva che persistessero intatte anche al momento della "retroversione". Il suo punto di vista, però, evidentemente, è stato ritenuto del tutto irrilevante dalla Corte costituzionale.

In conclusione la pronuncia della Corte sulla "retroversione", in perfetta continuità con gli orientamenti già maturati riguardo alla fase genetica dell'"attrazione in sussidiarietà", ha sancito, anche riguardo alla fase estintiva-terminale, il definitivo superamento del modello "garantista" prefigurato dalla sentenza "capostipite" a beneficio del modello "compensativo", fortemente pregiudizievole per l'autonomia regionale. All'esito di questa pronuncia è pertanto possibile suggestivamente affermare che lo Stato detiene lo *ius vitae ac necis* riguardo al procedimento di "attrazione in sussidiarietà".

82 Cfr. F. Guella, *op. ult. cit.*, p. 187 ss.

7 Considerazioni conclusive

La parabola evolutiva degli orientamenti giurisprudenziali sulla "chiamata in sussidiarietà" trascende gli angusti confini della questione relativa ai profili applicativi dell'istituto ed investe piuttosto un tema di ben più ampia portata. Si allude al modo in cui la Corte costituzionale concepisce il modello di regionalismo adombrato dalla Novella del 2001. L'istituto in parola, infatti, come si è cercato di chiarire fin dall'inizio, si pone proprio al crocevia di una molteplicità di questioni lasciate irrisolte dalle principali disposizioni del Titolo V, gli artt. 117 e 118, e la Corte è pervenuta alla sua elaborazione siccome mossa dalla necessità di colmare alcune delle principali lacune sistematico-strutturali insite nella Costituzione novellata. In realtà, però, la Corte, posta di fronte alla questione che ha dato origine alla sentenza "capostipite" del 2003, si è trovata ad affrontare l'eterno "dilemma" che ha contraddistinto la sua ormai pluridecennale esperienza relativa ai rapporti tra Stato e Regioni: l'armonioso contemperamento tra il principio unitario e quello autonomistico, tra le istanze unitarie di cui sono portatori gli organi statali e quelle di differenziazione di cui sono portatori gli organi regionali. La Novella costituzionale del 2001 aveva però introdotto alcuni elementi innovativi che imponevano, o quantomeno suggerivano alla Corte di affrontare il "dilemma" non più in termini dialettici e antitetici, quanto piuttosto di complementarietà ed integrazione reciproca tra i diversi livelli di governo. Si fa riferimento, ovviamente, alla espressa positivizzazione dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione, declinati in chiave procedimentale e pertanto implicanti, nella loro concreta applicazione, il necessario contraddittorio tra Stato e Regioni, nonché al preteso principio di parità tra i diversi livelli territoriali di governo evocato dall'art. 114 Cost., a sua volta implicante un modello di regionalismo "cooperativo" ben diverso tanto nei suoi presupposti giustificativi quanto nei suoi rivolti applicativi dal modello di regionalismo "duale" sperimentato in precedenza.

Ebbene, per quanto ci riguarda la Corte, nell'elaborazione dell'istituto e nella precisazione dei suoi presupposti applicativi, si era rigorosamente attenuta – portandole anzi a definitivo compimento – alle implicazioni ultime discendenti dal modello di regionalismo "cooperativo" avuto di mira dal legislatore di revisione. La sentenza n. 303/2003, infatti, aveva delineato un modello applicativo della "chiamata in sussidiarietà" di tipo "garantista", diretto a conciliare armonicamente su un piano di assoluta parità le istanze unitarie sottese all'operazione attrattiva in capo agli organi statali dell'esercizio di alcune funzioni amministrative in materie di pertinenza regionale, da un lato, e la salvaguardia e tutela dell'autonomia costituzionale regionale, cui lo spoglio delle funzioni arrecava un obiettivo *vulnus*, dall'altro. L'operazione attrattiva, infatti, come detto, veniva assoggettata ad una sorta di test di legittimità diretto in buona sostanza a verificare

l'effettivo coinvolgimento regionale in ogni sua fase di sviluppo, da quella genetica fino a quella estintiva. In particolare, la verifica ragionevole e proporzionata dell'effettiva sussistenza delle ragioni di esercizio unitario giustificative dell'avocazione delle funzioni in capo agli organi statali e, correlativamente, dell'inadeguatezza delle Regioni a provvedere al loro efficace esercizio, si doveva svolgere nel contradditorio delle parti, sia "a monte", in sede legislativa, nel corso dell'*iter* di approvazione della legge "attrattiva", che "a valle", in sede amministrativa-regolamentare, nella fase di attuazione e concreta esecuzione della legge stessa. Il contraddittorio, inoltre, nell'ottica della Corte, rivestiva un fondamentale rilievo ed era informato al carattere di assoluta parità delle parti, perché il buon esito delle procedure "contrattate" rivestiva un'efficacia vincolante riguardo all'esito fausto o infausto dell'operazione attrattiva, della quale costituiva il presupposto indefettibile. La legittimità della ridetta operazione, infatti, tanto nella fase legislativa quanto in quella esecutiva-attuativa, era espressamente subordinata al previo raggiungimento tra Stato e Regioni di un'intesa "forte", in assenza della quale gli organi statali non avrebbero potuto procedere, in via unilaterale, all'emanazione della legge "attrattiva" né tanto meno alla sua concreta attuazione.

Il modello "originario" prefigurato dalla Corte nel 2003, però, ha subito un graduale ma impetuoso processo di trasfigurazione da parte degli orientamenti successivi che ne hanno alla fine determinato, per una sorta di eterogenesi dei fini, il mutamento dei presupposti applicativi e del principio ispiratore. L'opera di destrutturazione del modello ha marciato a tappe forzate. La Corte, infatti, nell'ordine: ha ampliato l'ambito applicativo dell'istituto, estendendolo alle materie di competenza residuale; ha ritenuto legittimo l'intervento attrattivo statale compiuto non a mezzo di una legge, bensì di un regolamento; ha avallato anche un'ardita operazione di "chiamata in sussidiarietà senza sussidiarietà", laddove ha permesso al legislatore statale di disciplinare alcune funzioni amministrative in materie di pertinenza regionale, senza però previamente avocarne l'esercizio; ha rimesso all'esclusivo ed unilaterale giudizio del legislatore statale ogni valutazione circa l'effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi dell'operazione attrattiva (esigenze unitarie di esercizio delle funzioni ed inadeguatezza delle Regioni al loro svolgimento), dapprima addirittura esimendosi dallo svolgere ogni forma di sindacato al riguardo e, successivamente, limitandosi ad un mero accertamento relativo ad un eventuale difetto di motivazione; ha spostato l'applicazione del principio di leale collaborazione dal piano legislativo a quello amministrativo-attuativo; ha sancito la sostanziale indistinzione delle sedi collaborative e l'informalità ed irritualità delle relative procedure; ha rimesso al legislatore statale ogni decisione in ordine allo strumento collaborativo più idoneo in riferimento a ciascuna ipotesi attrattiva, riservandosi di intervenire in seconda battuta con pronunce manipolative di tipo additivo o sostitutivo al fine di preser-

vare le Regioni da indebite, unilaterali compressioni della loro sfera di autonomia, dando luogo però in tal modo ad orientamenti incerti e oscillanti; ha negato l'applicazione generalizzata dell'intesa "forte", richiedendone il necessario, previo raggiungimento soltanto in alcuni casi; ha gradualmente depotenziato gli strumenti collaborativi, riducendone l'efficacia e configurandone gli esiti e le procedure quali meri vincoli di metodo e non di risultato, fino al punto di determinare l'indistinzione tra intese "forti" e "deboli"; ultimo ma non ultimo, attraverso la configurazione dell'istituto della "retroversione" della "chiamata in sussidiarietà", ha rimesso all'unilaterale giudizio del legislatore statale anche la valutazione dei presupposti giustificativi dell'eventuale restituzione alle Regioni dell'esercizio delle funzioni originariamente sottratte loro.

Il modello applicativo dell'istituto elaborato dalla Corte attraverso una serie di arresti successivi, che abbiamo definito "compensativo", presenta evidenti e marcate divergenze rispetto a quello "garantista" coniato dalla sentenza "capostipite" sia sotto il profilo dei principi ispiratori che delle conseguenze di carattere sistematico che ne discendono. In virtù degli ormai consolidati orientamenti della Corte, infatti, ogni decisione relativa all'operazione attrattiva, tanto nella sua fase genetica quanto in quella estintiva, viene rimessa all'unilaterale decisione degli organi statali, senza che assumano alcun rilievo al riguardo le pur doverose forme di confronto e contraddittorio, di "collaborazione" con le Regioni, comunque destinate a cedere aprioristicamente il passo alle prevalenti esigenze unitarie. In pratica, pertanto, come si è in parte anticipato, il vero *dominus* dell'operazione attrattiva è il legislatore statale, che dispone al riguardo di un vero e proprio *ius vitae ac necis*. Alle Regioni, di contro, per "compensarle" del *vulnus* inferto alle loro attribuzioni costituzionali sul piano legislativo, viene accordata la mera possibilità di partecipare al procedimento attrattivo esclusivamente nella sua fase esecutivo-attuativa, senza però fornire loro alcuna garanzia che la loro voce possa assurgere al rango di qualcosa di più di un mero *flatus vocis*, vista la ridotta efficacia degli strumenti collaborativi di cui dispongono. Parafrasando il celebre motto del De Coubertin, verrebbe da dire che alle Regioni viene assicurata la leale partecipazione, senza però alcuna possibilità di vittoria. Fuor di metafora, il modello "compensativo" coniato dalla Corte è diretto ad assicurare sempre e comunque, in caso di eventuale dissenso tra Stato e Regione, e pur a seguito di reiterati tentativi di accordo, la prevalenza delle istanze unitarie su quelle autonomistiche. In conclusione, la Corte sembra avere abbandonato le implicazioni sottese al modello di regionalismo "cooperativo" emergente dalla Carta novellata e aver recuperato, viceversa, quelle proprie del modello di regionalismo "duale" già sperimentato in epoca antecedente.

Le ragioni di questa regressione della Corte, di questa sorta di "inversione logica" nello sviluppo del modello applicativo dell'istituto, sono di carattere eminentemente strutturale ed ontologico. La Corte, infatti, non

appena è stata chiamata a misurarsi con il modello originariamente elaborato dalla sentenza "capostipite", ha in primo luogo dovuto fare i conti con l'assenza nel nostro ordinamento di una sede istituzionale idonea a garantire in forma paritaria il contraddittorio tra Stato e Regioni. Ciò ha inevitabilmente determinato il crollo progressivo dei postulati che sorreggevano il modello "garantista". In assenza (e in attesa) di una Camera delle Autonomie comunque denominata, infatti, risulta impossibile, allo stato, per le Regioni pretendere l'applicazione del principio di leale collaborazione sul piano legislativo e, conseguentemente, svolgere una qualche influenza sull'*iter* legislativo di approvazione della legge "attrattiva". La Corte, pertanto, preso atto di questa lacuna, si è vista costretta a "demansionare" il principio in parola spostandone l'applicazione "a valle", sul piano meramente amministrativo, con conseguente snaturamento dell'ottica "garantista" originariamente adottata. Ne discende infatti *repetita iuvant*, quale inevitabile corollario, l'affidamento in via esclusiva agli organi statali di ogni valutazione in merito alla sussistenza dei presupposti giustificativi dell'operazione attrattiva in ogni sua fase di sviluppo. La Corte, pertanto, si è dovuta misurare con l'inadeguatezza delle sedi e degli strumenti attualmente disponibili, del tutto inidonei a consentire l'esplicazione in senso paritario del principio di leale collaborazione.

A prescindere, però, dalle lacune ordinamentali strutturali di cui si è detto, delle quali non ha potuto fare altro che prendere atto, la Corte, comunque, ogni qualvolta si è trovata di fronte ad una fattispecie di "chiamata in sussidiarietà" in cui il conflitto tra istanze unitarie e istanze autonomistiche appariva irresolubile alla luce del principio collaborativo, ha in ultima istanza sancito sempre e comunque l'aprioristica prevalenza delle prime. Anziché ricorrere ad un'applicazione rigorosa degli strumenti provvisti di maggiore intensità collaborativa – le intese "forti" –, anche a costo di determinare una situazione di stallo, *sub specie* di blocco dell'operazione attrattiva, ha preferito piuttosto riconoscere la prevalenza dell'interesse al soddisfacimento delle esigenze unitarie ponendo a carico degli organi statali, prima di procedere unilateralmente, soltanto l'onere di avviare ed intrattenere reiterate trattative con le Regioni, senza però attribuire alcun rilievo al loro eventuale esito infausto. Anche questa operazione di depotenziamento dell'efficacia degli strumenti collaborativi, però, non può ricondursi ad una malcelata inclinazione "antiregionalista" della Corte, della quale si scorgevano i segni soprattutto nei primi due decenni di attuazione dell'ordinamento regionale, quanto piuttosto, ancora una volta, alla necessità di tenere conto di un dato ontologico-ordinamentale della nostra forma di Stato sul quale la Novella del 2001 non ha minimamente inciso. Al di là delle aperture al modello "cooperativo" implicitamente contenute nell'intero impianto del novellato Titolo V e dell'apparente parità di posizione tra Stato e Regioni predicata dall'art. 114 Cost., resta fermo il fatto che il nostro è e rimane uno Stato regionale, all'interno del quale l'attributo

della sovranità contraddistingue soltanto gli organi statali, mentre quelli regionali dispongono soltanto di forme più o meno ampie di autonomia, costituzionalmente garantite ma pur sempre riconosciute ed elargite loro dai detentori della sovranità. In una forma di Stato di tal fatta, pertanto, le istanze unitarie di cui sono portatori gli organi statali, siccome espressive della sovranità detenuta da quest'ultimi, prevalgono sempre sulle contrastanti istanze di differenziazione provenienti dagli organi regionali, siccome espressive della mera autonomia di cui godono quest'ultimi. Il problema si sposta semmai sul diverso, ma connesso piano del corretto bilanciamento dei due valori con modalità tali da evitare l'integrale sacrificio dell'autonomia sull'altare dell'integrale prevalenza della sovranità.

Probabilmente l'istituto della "chiamata in sussidiarietà" è destinato ad un'esistenza breve oltre che vissuta "al contrario", dalla "maturità" dei primi mesi di vita all'"immaturità" degli ultimi. Le ventilate ipotesi di riforma del Titolo V attualmente in discussione, infatti, attraverso una riscrittura degli elenchi dell'art. 117 Cost., dovrebbero riportare in capo al legislatore statale le principali materie (ad es. il turismo e le grandi reti di distribuzione dell'energia) riguardo alle quali si sono manifestato in questo decennio con maggiore evidenza le esigenze di esercizio unitario delle funzioni per il soddisfacimento delle quali si è reso necessario ricorrere alla "chiamata in sussidiarietà". Più in generale, in un'ottica di recupero delle implicazioni proprie di un modello di regionalismo di tipo "separatista" e "duale", i progetti di revisione mirano ad una generalizzata riduzione degli ambiti di possibile sovrapposizione (e conseguente conflitto) di competenze e di interessi, nel dichiarato intento di deflazionare il contenzioso sviluppatosi incessantemente al riguardo. D'altro canto, dovrebbe essere finalmente colmata la lacuna di carattere strutturale della quale si è detto più volte , che caratterizza il nostro ordinamento regionale, rimarcandone la peculiarità rispetto a molti altri Stati composti. Si allude, ovviamente, all'eliminazione del carattere paritario del nostro bicameralismo, attraverso la creazione di una Camera delle autonomie, il cui ruolo dovrebbe assicurare un più proficuo ed efficace confronto tra istanze statali-unitarie e regionali-autonomistiche e garantire al contempo il superamento delle questioni problematiche connesse all'applicazione del principio di leale collaborazione manifestatisi con particolare evidenza riguardo all'istituto della "chiamata in sussidiarietà".

Le riforme in cantiere dovrebbero rimuovere l'*humus* sul quale l'istituto della "chiamata in sussidiarietà" è nato ed è prosperato. Ciononostante, riuscirebbero soltanto a ridurre drasticamente, ma certo non ad eliminare del tutto i possibili ambiti di sovrapposizione di competenze ed interessi, consustanziali a ciascun ordinamento plurilivello. Basti pensare al fatto che i principi fondamentali posti dalla Costituzione (e dalla stessa Corte costituzionale) a presidio del riparto delle attribuzioni tra i diversi livelli territoriali di governo, quelli di sussidiarietà, adeguatezza e leale collabo-

razione, data la loro declinazione ed applicazione procedurale, implicano necessariamente il ricorso ai momenti e istituti collaborativi e concertativi ai fini della loro corretta esplicazione. Si comprende pertanto il senso dell'affermazione iniziale circa i riflessi di carattere "sistematico" che possono trarsi dalle vicende che hanno interessato la "chiamata in sussidiarietà". A prescindere, infatti, dalle sorti dell'istituto e dalla sua permanenza in vita, le questioni problematiche di carattere applicativo che ne hanno interessato la parabola evolutiva si riproporranno in termini analoghi anche nell'eventualità in cui le riforme costituzionali dovessero approdare alla definitiva approvazione. Esse, infatti, trascendono i confini della "chiamata in sussidiarietà" ed investono l'intera gamma dei rapporti tra Stato, Regioni ed enti locali. La Corte costituzionale, pertanto, non verrà comunque sollevata dal gravoso compito di individuare riguardo a questioni quali quelle attinenti all'applicazione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza o alla scelta degli strumenti ritenuti di volta in volta più adeguati a concretizzare il principio collaborativo il più corretto punto di bilanciamento tra istanze unitarie e autonomistiche che investe, come detto, il complesso dei rapporti tra enti territoriali in ogni ordinamento multilivello.

L'auspicio è quello di non assistere, sotto questo profilo, alla ripetizione delle medesime vicende che hanno caratterizzato l'istituto della "chiamata in sussidiarietà", determinandone un'evoluzione "al contrario". Se così fosse, infatti, il pendolo dei rapporti Stato-Regioni, dopo aver virato verso la valorizzazione dei moduli "concertativi" di tipo paritario propri del modello di regionalismo "cooperativo-collaborativo", tornerebbe decisamente ad oscillare verso i moduli "gerarchici" propri dell'opposto modello "duale-separatista". Ecco allora che la metafora "romanzesca" dell'esistenza vissuta "al contrario" dalla quale si sono prese le mosse per illustrare l'evoluzione dell'istituto della "chiamata in sussidiarietà" potrebbe a buon diritto essere utilizzata anche per descrivere, in senso più ampio, l'evoluzione complessiva dei rapporti tra Stato e Regioni.

Ricerche giuridiche ISSN 2281-6100
Vol. 3 – Num. 1 – Giugno 2014

La distribuzione “vigilata” dei cosmetici nel mercato unico. Aspetti contrattuali

Carmelita Camardi
(Professore ordinario di Diritto privato nell’Università Ca’ Foscari Venezia)

Abstract A new european Regulation (EC) No 1223/2009 on Cosmetic products provides a complete system of consumer protection, product traceability and market surveillance. In this context, a “responsible person” established in the Community shall be designated for each product placed on the market, in order to ensure compliance of the products with the rules set out in the Regulation. Also, the Regulation provides that distributors and all other persons involved in the supply chain are partially responsible for ensuring compliance with requirements relating to human health, safety and consumer information. The article analyses the impact of new Regulation on the supply chains organisation and the distribution contracts clauses, in a competition law perspective, considering previous European Court of Justice and European Commission decisions in this field.

1 Considerazioni di apertura

Il recente Regolamento UE n. 1223/2009, contenente la disciplina uniformata della circolazione dei prodotti cosmetici nel mercato unico ed entrato in vigore nel luglio del 2013, costituisce l’applicazione di un modello di regolazione amministrativa dei mercati ad un importante settore economico (quello dei cosmetici) interamente dominato dall’iniziativa privata, contraddistinto anche dalla ricorrenza di differenti e particolari forme di organizzazione commerciale, e tuttavia connotato da un livello di *rischio* che ha indotto l’UE ad adottare un punto di vista che tenta di coniugare e bilanciare la libertà economica degli operatori con i limiti provenienti dalla protezione degli interessi che quel *rischio* può invece danneggiare[1].

Relazione tenuta al convegno su *Il diritto dei cosmetici. Regolazione, responsabilità, bioetica*, tenutosi a Roma il 28 gennaio 2014.

1 Non è nota ai più la cosiddetta *Cosmetic Law*, o disciplina relativa alla produzione e circolazione dei prodotti cosmetici, originariamente attuata in Italia con l. 11 ottobre 1986, n. 713,

Tanto si evince già in prima battuta dall'indicazione dei seguenti principi generali della materia, presente nei *considerando* del Regolamento:

a) la protezione della salute dei consumatori e perciò il (rafforzamento del) principio della *responsabilità per la sicurezza* del prodotto (c. 26), esteso – se del caso – a tutti i soggetti che vengono a contatto con i cosmetici; e il richiamo del *principio di precauzione*, riferito alle azioni della Commissione e degli Stati membri (c. 36);
b) l'istituzione di un mercato "vigilato" da autorità competenti e perciò l'introduzione di un *principio di rintracciabilità del prodotto* cosmetico (c. 12) nel suo cammino dal fabbricante all'utilizzatore finale.

Entrambi confluenti poi nella menzione nell'art. 1 dell'obiettivo principale del Regolamento, individuato nel «*corretto funzionamento del mercato interno*» e nella definizione di un «*livello elevato di tutela della salute umana*»[2].

che recepiva la Direttiva del Consiglio n. 76/768 CEE del 27 luglio 1976, e imperniata quasi esclusivamente su taluni profili di responsabilità civile, quali egregiamente delineati da G. Ponzanelli, *Appunti civilistici in merito alla L. 11 ottobre 1986, n.713, sulla produzione e la vendita dei cosmetici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, p. 79 (*ivi* altre indicazioni bibliografiche); e in precedenza, prima del recepimento della Direttiva, da M.V. De Giorgi, *Produzione dei cosmetici e tutela della salute*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 839. Più di recente una sistemazione della disciplina di questo settore è offerta da M.C. Paglietti, Cosmetic Law *e tutela del consumatore. La disciplina dei cosmetici tra persona e mercato, soluzioni contrattuali e aquiliane*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 2013, n. 1, p. 133, che giustamente indica quale esempio di sviluppo sistematico della riflessione dottrinaria in materia i contributi della letteratura francese, non a caso elaborati in un paese, come la Francia, dove l'industria cosmetica è decisamente più che un leader mondiale. Dello stesso A. si veda adesso Beauty rules*: la circolazione giuridica dei cosmetici alla luce del Reg.1223/2009*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 2013, n. 4, p. 65. Il Regolamento attuale qui in commento per taluni aspetti, consultabile al link `http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:342:0059:0209:it:PDF`, è destinato invece alla introduzione uniformata nei paesi dell'UE di una *cosmetic law* di matrice comune, da integrare nei sistemi nazionali di regolazione economica.

2 Il Regolamento citato riproduce in tal senso principi ampiamente affermati nelle politiche di regolazione dell'UE, ad esempio nella disciplina dei rapporti di consumo, ma più in generale della circolazione dei prodotti di consumo. La sicurezza dei consumatori è uno dei pilastri dell'azione dell'UE, e la si trova sviluppata in una serie di azioni (le si veda al link `http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/index_it.htm`) che toccano i più disparati settori di prodotti (da quello alimentare, a quello dei giocattoli, dei dispositivi medici, degli impianti, ecc.), e di servizi, con disposizioni di carattere generale e di carattere specifico. Da ultimo la Commissione ha varato un nuovo «*Pacchetto sicurezza dei prodotti e vigilanza del mercato*», con Comunicazione della Commissione del 13 febbraio 2013, COM(2013) 74 final, che comprende fra l'altro due proposte di regolamento sulla sicurezza e sulla vigilanza (lo si veda in `http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0074:FIN:IT:PDF`). Nel nostro ordinamento, sono significative le disposizioni contenute nel Codice del Consumo, nella parte dedicata alla Sicurezza e Qualità (artt. 102-113), ove ampiamente delineati i principi del modello regolatorio adottato, che ritroveremo nel Regolamento in oggetto, e che si articolano sulla definizione dello standard di sicurezza; sulla previsione di obblighi imposti ai produttori e ai distributori a garanzia della sicurezza dei

Alla introduzione di tali principi si deve dunque l'istituzione di un modello di regolazione del mercato dei cosmetici per taluni aspetti originale, in quanto, per un verso si dichiara coerente con i postulati del Trattato UE in materia di libera circolazione delle merci (richiamato espressamente all'art. 9), prevedendo anche una specifica disciplina di protezione dei diritti del consumatore (artt. 19-21), funzionale anche questa – come noto – al corretto sviluppo del mercato interno[3]; ma per altro verso introduce obblighi ed oneri di natura pubblicistica, o comunque connessi alla vigilanza del mercato, imposti non solo alle autorità pubbliche a ciò deputate dagli Stati membri, ma anche al fabbricante e ai soggetti della filiera commerciale, cioè a soggetti privati, la cui posizione – in teoria – dovrebbe essere quella di "vigilati" piuttosto che di "vigilanti"[4]. Il modello si presenta perciò in grado

prodotti; sull'individuazione delle Autorità preposte alla vigilanza e dei relativi poteri; sulla definizione delle procedure di sorveglianza del mercato ai fini della garanzia di un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza dei consumatori.

3 Scolastico, ma necessario il riferimento ai principi del Trattato che garantiscono la libertà di circolazione e la libera concorrenza, comunque richiamati dal Regolamento in esame. Sul punto, per tutti, G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 365 ss.

4 Sta esattamente in questo aspetto, e cioè nel coinvolgimento dei soggetti privati, l'aspetto originale del modello di regolazione adottato dall'UE per la garanzia della sicurezza e della salute dei consumatori. Si tratta di un modello di vigilanza per così dire "ibrido" , nel quale – come scrive ad es. L. Torchia – emerge una peculiare conformazione dell'interesse pubblico (non più il perseguimento di un obiettivo sostanziale specifico, ma l'indicazione di un obiettivo generale di sistema, ad es. il mantenimento di un determinato equilibrio), accompagnata da una peculiare conformazione dell'esercizio dell'attività privata (sempre finalizzata al profitto, ma onerata anche della garanzia di interessi terzi), il cui risultato è per l'appunto una sorta di confusione tra diritto pubblico e diritto privato: dove il potere pubblico acquisisce taluni tratti propri dei moduli di azione consensuali, mentre la condotta privata si ispira a valori propri del soggetto pubblico (trasparenza, *accountability*, partecipazione). In tal senso, efficacemente, L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, reperibile nella pagina `http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/11/Torchia_Regolazione_mercato.pdf`. Sottolinea ampiamente questo aspetto del modello di vigilanza adottato dal Regolamento anche il contributo di S. Amorosino, *La disciplina dei cosmetici: caso di studio per il diritto dell'economia*, in *Cosmetici. Diritto, regolazione, bioetica*, a cura di V. Zeno Zenchovin, Roma, 2014, p. 23. Indicazioni generali sui modelli di vigilanza quali modelli di regolazione del mercato, nell'ambito della letteratura oramai vastissima sul tema, si trovano in F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, pp. 610, 612 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 339, ove la funzione regolatoria è finemente analizzata dal punto di vista dei soggetti – le Autorità indipendenti – che tipicamente la esercitano; M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, partic. p. 89 ss. (una sintesi di questo efficacissimo volume si trova nelle Lezioni di diritto amministrativo, Torino, 2013, p. 176 ss.); Id., *Le regole globali: limiti e rimedi*, in *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, a cura di G. Amato, Firenze-Antella, 2009, p. 119 (reperibile anche nella pagina `http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/12-03-2009/D-Alberti.pdf)` ; E. Cardi, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2005, p. 97 ss., ove i modelli dell'attività regolatoria di vigilanza sono costruiti sulle più significative esperienze della vigilanza nei settori bancario e finanziario e delle relative Autorità (indicazioni più generali sulle tipologie di vigilanza si trovano comunque alle pp. 105 ss.). Per una ricostruzione anche teorica del concetto di regolazione, si rinvia invece alla voce *Mercati (regolazione dei)*, di A. Zito, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, p. 805,

di incidere – indirettamente ma forse profondamente – sull'attuale sistema di produzione e distribuzione dei prodotti cosmetici, a sua volta fortemente consolidato su modelli di distribuzione selettiva, da una parte; e sull'esistenza di canali paralleli di distribuzione, dall'altra, che conoscono sviluppi orientati verso la grande distribuzione organizzata (GDO) e il *mass market*, e comunque verso la diffusione capillare di questa tipologia di prodotti[5].

Le nuove regole, infatti, seppur non riguardano direttamente i modelli contrattuali di distribuzione, che non sono oggetto di disciplina alcuna in questa sede, ridefiniscono tuttavia la posizione dei distributori all'interno delle catene di fornitura (in relazione ai principi sopra individuati), attribuendo agli stessi quegli obblighi ed oneri di natura pubblicistica connessi alla vigilanza del mercato, di cui si diceva, i quali si presume andranno ad incidere sui contenuti dei contratti di distribuzione. Se non altro perché "gravano" la funzione distributiva di compiti usualmente estranei alla *ratio* meramente circolatoria cui le attività di marketing si ispirano, estendendo tali compiti – in diversa misura – a tutti gli operatori o livelli della catena (dall'importatore al grossista al dettagliante che vende direttamente al consumatore) (c. 14). E poiché le catene commerciali sono tipicamente contrattuali (basate sulla concessione di vendita e sul *franchising*, principalmente), si può facilmente immaginare che le stesse provvederanno più o meno rapidamente ad adeguare le loro attuali strutture ai nuovi compiti strumentali alla vigilanza di questo settore di mercato.

Scopo di queste note è quello di sviluppare l'ipotesi appena formulata, e cioè i riflessi contrattuali della nuova disciplina della circolazione vigilata

ed *ivi* ampia bibliografia; nonché a M. Libertini, *L'azione pubblica e i mercati*, in *Manuale di Diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, III, p. 402 ss.

5 Esistono studi di matrice aziendalistica sulla conformazione del mercato dei cosmetici, per i quali si rinvia per tutti a G. Lugli, Marketing channel*. La creazione di valore nella distribuzione specializzata*, Torino, 2011, p. 173 ss. Dal punto di vista giuridico, invece, allo stato attuale della *cosmetic literature* il rinvio è d'obbligo ai classici contributi sulla distribuzione selettiva e prima ancora sull'integrazione verticale e sui contratti di distribuzione. La letteratura è, anche qui, ricchissima, a partire dai primi imprescindibili contributi di R. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979 (del quale si veda da ultimo il contributo su *Le intese verticali*, reperibile nella pagina http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-COMP-43-2013.pdf) e G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese*, Milano, 1983. Tra i riferimenti più recenti e più interessanti per le riflessioni che si andranno a sviluppare, si vedano A. Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011; F. Bortolotti, *Manuale di diritto della distribuzione*, Napoli, 2007; M.A. Imbrenda, *I contratti di distribuzione*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà ed E. Gabrielli, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 647; C. Camardi, *I contratti di distribuzione come contratti di rete*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 225; A. Fici, *Il contratto di* franchising, Napoli, 2012, p. 153 ss.; L. Delli Priscoli, *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, 2002; M. Libertini, *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., pp. 191, 229 ss.; M. Meli, *Contratti di distribuzione*, reperibile alla pagina http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-di-distribuzione_(Diritto_on_line)/.

dei prodotti cosmetici, che si va adesso a ricostruire nelle parti che più direttamente interessano l'attività di distribuzione commerciale, provando a verificare per ciascun gruppo di norme rilevanti quale incidenza esse possano avere sul contenuto dei contratti, e quale ricaduta sull'organizzazione del mercato dal punto di vista degli effetti sulla concorrenza. È ben noto infatti che le catene di distribuzione dei cosmetici si presentano secondo il modello della distribuzione integrata e selettiva, e che pertanto qualunque modificazione del contenuto degli accordi è potenzialmente in grado di incidere non solo sull'equilibrio dei rapporti tra fabbricante e distributore, ma anche sull'assetto del mercato. E se questo effetto verrà verificato, allora il nuovo Regolamento si presenterà come l'agente di una regolazione del mercato davvero originale[6]. Ma questa è al momento una conclusione prematura.

2 La nuova organizzazione delle catene di fornitura. Principio di precauzione e obblighi di vigilanza

La nozione giuridica di distributore rilevante agli effetti del nuovo Regolamento è quella risultante dall'art. 2, lett. *e + g*), alla stregua del quale il distributore è la *persona* diversa dal fabbricante o dall'importatore *che, nella catena di fornitura,* mette a disposizione *(= fornisce per la distribuzione, il consumo o l'uso) un prodotto cosmetico sul mercato comunitario*.

Dal punto di vista per così dire tecnico-economico, la definizione non aggiunge nulla alla nozione acquisita di distribuzione commerciale. La novità normativa sta in ciò: la posizione del distributore è ridefinita alla luce del

6 Si precisa sin d'ora che il punto di osservazione del fenomeno si focalizzerà sull'applicazione della disciplina degli accordi verticali e di distribuzione selettiva quale posta dal Regolamento di esenzione per categoria n. 330/2010, sul quale si vedano gli Orientamenti della Commissione Europea sulle restrizioni verticali (testo 2010/C, 130/01), reperibili nella pagina `http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:FULL:IT:PDF`; e i commenti di P. Barucci, A. Barone, *Il nuovo regolamento europeo sulle restrizioni verticali*, in *Merc., conc., reg.*, 2010, p. 431; G. Faella, Adelante con juicio*: limiti e occasioni perse della nuova esenzione per categoria delle intese verticali*, *ibidem*, 2011, p. 29; Id., *La revisione della disciplina delle intese verticali nel settore automobilistico*, *ibidem*, 2008, p. 613; G. Bruzzon, A. Saija, *Le regole europee del 2010 sugli accordi verticali: approccio economico e utilizzo delle presunzioni giuridiche*, in *Contr. e impr. Eur.*, p. 635; R. Baldi, A. Venezia, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il* franchising, Milano, 2011, p. 45 ss.; F.L. Merola, M.T. Stile, *Accordi internazionali fra imprese*, Torino, 2011, p. 77 ss.; V. Mangini, G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Torino, 2012, pp. 31, 51 ss.; G. Tesauro, *op. cit.*, pp. 671, 674 ss.; B. Caruso, *Il nuovo regolamento di esenzione delle intese verticali: l'analisi economica e le modifiche mancate*; R. Sicca, *Il nuovo regolamento generale di esenzione delle intese verticali: elementi innovativi e interessi in gioco*, entrambi nel volume Aa.Vv., *Concorrenza e mercato*, a cura di G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, Milano, 2011, rispettivamente p. 765 e p. 811; M. Libertini, *Le intese illecite*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà, Torino, 2011, pp. 82 e 94 ss.

principio di responsabilità – per come realizzato attraverso l'individuazione della cosiddetta "persona responsabile" del prodotto, circostanza senza la quale non è possibile l'immissione di un cosmetico sul mercato –; e lo è alla stregua degli artt. 4 e 5 del Regolamento secondo il seguente duplice modello:

a) se il distributore immette un prodotto cosmetico sul mercato (dove l'*immissione* si configura quale *prima messa a disposizione ex* art. 2, lett. *h)*) con il suo nome o marchio, ovvero modifica un prodotto già immesso sul mercato compromettendone la conformità con i requisiti applicabili, allora egli è direttamente "persona responsabile" *ex* artt. 4 e 5 e ne assume i relativi obblighi;

b) se invece il distributore è tipicamente tale – cioè si limita a rendere disponibile il prodotto "altrui" sul mercato *ex* art. 2, *lett. e/g)* prima citato – allora, nel contesto della sua attività, egli assume gli obblighi specificamente indicati dall'art. 6 e agisce (cioè, deve agire) con *la dovuta attenzione*.

Per l'ipotesi *sub a)*, si applicheranno l'art. 5 e le norme dallo stesso richiamate, che non interessano strettamente le presenti riflessioni, atteso che, in tal caso, il distributore agisce in una veste simile a quella del fabbricante.

Per l'ipotesi *sub b)*, che è quella che più direttamente concerne il distributore, si applica invece l'art.6, il quale provvede a declinare la "responsabilità circolatoria" di quest'ultimo nel modo che segue.

A) Il principio di attribuzione condivisa della responsabilità (per la sicurezza del prodotto) lungo tutti gli anelli della catena (accompagnato da quello della tracciabilità), fa sì che il distributore – senza che la norma specifici se la regola si applichi al grossista o al dettagliante o a entrambi – assolva a taluni *obblighi preliminari* all'atto del rendere un cosmetico disponibile sul mercato. Si tratta della verifica di alcuni requisiti di presentazione del prodotto (quelli di cui alle lettere dell'art. 19 richiamate dall'art. 6, co. 2: informazioni sull'etichetta del prodotto e requisiti linguistici) e della (indicazione della) sua durata, in assenza dei quali si ritiene che il prodotto – in quanto connotato da una sorta di difetto di conformità – non possa essere reso disponibile per la circolazione.

Provando a immaginare realisticamente le ricadute di queste prime nuove regole sui contratti di distribuzione, si può innanzitutto ipotizzare che se la catena di distribuzione si sviluppa lungo una pluralità di livelli in senso verticale, è plausibile ritenere che l'assolvimento di questi obblighi debba entrare automaticamente nel contenuto di tutti i contratti, salva la strutturazione della clausola secondo modalità più o meno severe di controllo, conformemente al livello qualitativo che la catena intende proporre ai clienti.

Il criterio legale della «*dovuta attenzione*», prescritto in via generale dal comma 1 dell'art. 6 «*in relazione alle prescrizioni applicabili*», non

sembra tuttavia tale da determinare significative incidenze nelle dinamiche contrattuali della distribuzione, non sembrando il termine "dovuta" suscettibile di essere inteso con un senso diverso da quello della diligenza media del buon distributore, ma con riferimento semmai ad una opportuna graduazione dell'attenzione in rapporto al contenuto dei diversi obblighi volta per volta prescritti[7].

B) Di carattere in parte differente e di contenuto più impegnativo, gli *obblighi più direttamente legati alla circolazione* del prodotto, e previsti dal co. 3 dell'art. 6, sono ispirati al principio di precauzione[8], in applicazione del quale è fatto obbligo al distributore che «*ritenga o abbia motivo di ritenere*» che il cosmetico nella sua disponibilità non sia conforme al regolamento (evidentemente in relazione a tutte le caratteristiche di cui il regolamento si occupa) di non renderlo disponibile sul mercato, «*finché non è reso conforme ai requisiti applicabili*»; ovvero se il prodotto è già sul mercato, di verificare che siano adottate le misure necessarie «*per rendere conforme il prodotto*», oppure «*ritirarlo*» (dalla catena di fornitura) o «*richiamarlo*» (dalla disponibilità già resa all'utilizzatore finale) – «*se del caso*».

È qui che comincia a prender corpo significativamente la funzione di "vigilanza" assegnata ai distributori[9]. Immaginando il percorso del prodotto dal produttore al consumatore finale, e preso atto altresì che il controllo di conformità più importante sia quello affidato alla «*persona responsabile*», ciononostante i distributori sono configurati quali agenti attivi della

7 Sulla diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, che pare qui richiamata nonostante il regolamento configuri i compiti di cui qui sta parlando alla stregua di obblighi di natura pubblicistica, più che di obbligazioni di natura civilistica in senso stretto, non resta ugualmente che rinviare, per tutti, a A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario del Codice civile* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 409 ss.; C.A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, 9, p. 56 ss.; U. Breccia, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, p. 459 ss.

8 Sul principio di precauzione si rinvia innanzitutto alla Comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000, reperibile alla pagina http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/l32042_it.htm; nonché al contributo del Comitato Nazionale di Bioetica, Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici e giuridici, giugno 2005, reperibile alla pagina http://www.governo.it/bioetica/pdf/principio_precauzione.pdf; in dottrina, per tutti, si veda A. Zei, *Principio di precauzione* (voce), in *Dig. delle disc. pubbl.*, terza appendice di aggiornam., II, Torino, 2008, p. 670; Aa.Vv., *Un diritto per il futuro: teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; Aa.Vv., *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, a cura di L. Marini e L. Palazzani, Roma, 2008.

9 Secondo quel modello ibrido derivante dall'innesto nella disciplina tecnica della vigilanza da parte delle Autorità competenti proprio del principio di precauzione, i cui contenuti in un certo senso impongono –in questo settore come in altri, primo fra tutti quello ambientale- il coinvolgimento dei soggetti privati che a vario titolo vi operano.

filiera, con il compito di controllare che il percorso dalla "fabbrica" o dal luogo (e dal momento) della prima immissione sul mercato fino al loro punto vendita, ma anche oltre, sia avvenuto regolarmente. Nel silenzio della norma, sembra ragionevole ritenere che il controllo avrà ad oggetto l'integrità della confezione, sia dal punto di vista della completezza delle informazioni che devono essere contenute, che da quello della integrità specifica del prodotto. La «*dovuta attenzione*» del distributore, dunque, dovrebbe indirizzarsi verso la rilevazione di eventuali imperfezioni o (evidenti) alterazioni dell'involucro o del prodotto, in relazione alle esigenze di sicurezza e di informazione, quali definite dal regolamento[10], e alla adozione o sollecitazione dei conseguenti provvedimenti.

Ancora una volta, se la catena di fornitura si sviluppa lungo una pluralità di livelli verticali nella forma della distribuzione verticale integrata, si deve presumere che – in teoria – l'assolvimento degli obblighi indotti dal principio di precauzione entri automaticamente nel contenuto dei contratti, trattandosi di obblighi legalmente imposti ai distributori. Ma è difficile pensare che ciò avvenga senza una qualche negoziazione (dei contenuti) della clausola di responsabilità attraverso la richiesta o l'imposizione contrattuale di misure organizzative appropriate, idonee a garantire che una qualunque sopravvenienza occorsa durante il cammino del prodotto nella catena di fornitura venga affrontata rapidamente ed efficacemente nell'interesse della catena e comunque del *brand*, e ciò con un duplice scopo. Quello di evitare possibili interruzioni della distribuzione per la necessità di dover richiamare o ritirare il prodotto; e quello di disincentivare eventuali comportamenti opportunistici posti da un distributore in danno di quello che opera nella fase successiva (ad es. dal grossista in danno del dettagliante)[11].

Al proposito, va comunque rimarcato che il principio della tracciabilità del prodotto, quale strutturato dall'art. 7 sebbene in vista di una possibile richie-

10 In particolare in relazione alla nozione di sicurezza definita all'art. 3, per il quale i cosmetici sono «*sicuri per la salute umana se utilizzati in condizioni d'uso normali o ragionevolmente prevedibili, tenuto conto*» della presentazione, dell'etichettatura, delle istruzioni per l'uso e l'eliminazione e di qualsiasi altra indicazione proveniente dalla persona responsabile.

11 Si vuol dire nel testo, e lo si specificherà meglio via via nello svolgimento del lavoro, che l'introduzione di tali obblighi di vigilanza potrà avere e probabilmente avrà influenza sulla struttura in cui si articolano i contratti della distribuzione commerciale e sulle eventuali restrizioni che il produttore potrà porre agli affiliati, al momento dell'accesso alla rete, o comunque in relazione alle modalità di vendita e alle altre clausole accessorie proposte/imposte ai rivenditori. È in questo contesto che possono innestarsi i fenomeni di c.d. parassitismo o opportunismo, per i quali alcuni distributori (i cosiddetti *free riders*) cercano di trarre indebito vantaggio dagli investimenti promozionali effettuati da altri distributori più "diligenti"; e i contro fenomeni di reazione dei fornitori, che possono allora avvalersi di clausole per un verso potenzialmente restrittive della concorrenza (concessione di esclusiva, fissazione di prezzi minimi di vendita), ma per altro verso idonee a compensare con vendite sicure i distributori "costretti" a rispettare vincoli di organizzazione delle vendite e perciò ad effettuare investimenti in tal senso. Sul punto, v. M.A. Imbrenda, *op. cit.*, p. 685 ss.

sta di un'autorità competente, disincentiva fortemente tali comportamenti nella misura in cui pone in capo al distributore, per ben tre anni dalla messa a disposizione del prodotto, un obbligo generalizzato di identificazione dei soggetti della catena di fornitura in tutte le direzioni, dalla persona responsabile ai distributori, e da ciascuno di questi verso la prima e verso i secondi.

Si può dunque presumere che, almeno per quei prodotti per i quali il fabbricante o il distributore intendono preservare uno standard di qualità elevato e altamente competitivo, l'introduzione di tali obblighi da espletare nello scorrimento della catena di circolazione induca a processi di rafforzamento dei meccanismi tipici della distribuzione selettiva, attraverso l'imposizione a ciascun partner contrattuale di requisiti organizzativi di ingresso e di permanenza nella catena idonei ad assicurare il puntuale assolvimento degli obblighi di legge, facendo di questi ultimi un preciso requisito di qualità. Ma sul punto si tornerà più avanti.

Precauzione e tracciabilità esaltano altresì gli obblighi aggiuntivi imposti ai distributori dalle altre regole dell'art. 6.

C) Se il prodotto cosmetico già immesso sul mercato presenti un«*rischio per la salute umana*», i distributori ne informano immediatamente le Autorità, indicando i dettagli e le misure correttive assunte (co. 3, parte finale, art. 6). L'assolvimento di quest'obbligo – non esattamente definito e solo apparentemente informativo – suppone che lungo la catena di fornitura venga sviluppato un processo minimo (ragionevolmente proporzionato all'attività commerciale del distributore) di monitoraggio degli effetti del cosmetico messo in circolazione sulla salute dei consumatori e degli utilizzatori finali, e tutto ciò implica che a ciascun livello siano presenti risorse o comunque mezzi idonei a rilevare il problema, analizzarne le possibili cause e adottare, o sollecitare, possibili misure correttive.

Si tratta perciò di un obbligo di vigilanza e di intervento, e non soltanto di mera informazione, il cui contenuto a dire il vero risulta di non facile determinazione dal punto di vista dei comportamenti imposti al distributore, se non altro perché la norma non definisce l'ambito delle circostanze rilevanti ai fini della rilevazione o individuazione del «rischio per la salute umana», e neppure la tipologia delle attività che i distributori debbono intraprendere per rilevare quel rischio – di cui debbono poi dare informazione dettagliata alla persona responsabile e alle competenti Autorità – ed eventualmente per adottare «*misure correttive*». Tale incertezza si riscontra anche nelle altre analoghe disposizioni che completano la disciplina di questo specifico obbligo di vigilanza.

Ed infatti, di natura analoga, in quanto funzionale alla tutela di interessi esterni all'ambito strettamente commerciale proprio dell'attività distributiva, è da reputarsi anche l'obbligo di «*notifica*» di cui al successivo art. 23, co. 1, lett. *a-c),* e co. 3, imposto sia ai distributori, che alla persona responsabile in caso di «*effetti indesiderabili gravi*» (definiti alla stregua dell' art. 2, lett. *p),* quali effetti che inducono incapacità, disabilità, ecc.

fino al rischio mortale o al decesso). Ed anche il contenuto di quest'obbligo, come quello del precedente, è formalmente strutturato come obbligo puramente informativo nei confronti delle autorità competenti, alle quali la norma impone di comunicare il nome del prodotto, gli effetti e le misure correttive adottate. E tuttavia lo stesso, unito al precedente, suppone in verità l'assolvimento di obblighi preliminari, intesi alla verifica di quegli effetti; suppone cioè che si intraprendano attività specifiche, in grado di incidere non banalmente sull'organizzazione del singolo distributore e dell'intera catena distributiva e che per questo motivo dovrebbero avere – non solo sul piano strettamente civilistico – un contenuto più esattamente determinato.

Ed infatti, se il distributore viene a conoscenza o verifica in qualche modo effetti indesiderabili gravi a carico del prodotto che ha messo in commercio, si suppone che le eventuali misure correttive da adottare siano da riferire esclusivamente alla dimensione circolatoria, e possano quindi consistere nel ritiro o nel richiamo del prodotto, non potendosi immaginare misure correttive degli effetti in senso stretto, o del prodotto, salvo che si voglia intendere la norma nel senso di stravolgere la funzione del distributore, trasformando l'impresa commerciale in un presidio medico o industriale! In tali casi, è pure evidente che tali misure correttive debbano essere corredate da una campagna di adeguata informazione dei consumatori, e tanto non solo nell'interesse commerciale proprio della catena distributiva, ma anche nell'interesse dei consumatori e pure per evitare una eventuale ulteriore diffusione degli effetti indesiderabili, delle cui conseguenze i distributori non hanno certamente alcun interesse a rispondere.

La norma in esame non prevede né implica soltanto questo. La lett. *a)* dell'art. 23, infatti, e seppur il contenuto letterale non sia del tutto chiaro, estende l'obbligo informativo non soltanto agli effetti indesiderabili *già* «*noti*» al distributore, ma anche a quelli «*che si possono ragionevolmente presumere … noti*». In altre parole, non solo i distributori devono notificare le informazioni sugli effetti gravi dei quali *effettivamente* vengano a conoscenza direttamente ovvero, ad esempio, ad opera di terzi (segnalazioni ricevute da subfornitori o da clienti), ma devono anche – ed è qui la questione interpretativa – notificare informazioni non "note" ma presumibilmente e ragionevolmente tali, cioè informazioni delle quali si può presumere che «non potevano non essere a conoscenza». Se così fosse tuttavia, la presunzione normativa di conoscenza non sarebbe del tutto comprensibile, in quanto comporterebbe l'attribuzione ai distributori di funzioni di vigilanza per taluni aspetti eccessive, atteso che – di norma – questi ultimi non potrebbero trasmettere informazioni che non possiedono già. Bisogna dunque procedere ad una interpretazione della norma secondo la sua (presumibile) *ratio*. Il criterio della ragionevolezza richiamato dalla norma induce in primo luogo a ritenere che la presun-

zione di conoscenza possa riguardare esclusivamente l'ambito delle informazioni collegate all'attività distributiva in quanto tale, e che pertanto gli oneri correlati non siano coincidenti con quelli propri – e più ampi – della 'persona responsabile', ma si limitino alle notizie che un distributore può normalmente acquisire nel contesto della sua attività in quanto svolta con la «*dovuta attenzione in relazione alle prescrizioni applicabili*» *ex* art. 6, co. 1, cioè con la diligenza richiesta al distributore ai sensi del Regolamento.

Ciò sembrerebbe escludere che il distributore, intendendo quest'ultimo come il distributore mediamente diligente ed attento secondo lo standard professionale richiesto dall'art. 6, debba sempre e comunque e autonomamente andare in cerca di informazioni sugli effetti indesiderabili ancorché gravi concernenti ciascuno dei prodotti che mette in circolazione, istituendo un ufficio di monitoraggio completo degli effetti dei prodotti sulla salute umana, eventualmente dislocato a tutti i livelli della catena di fornitura. Ma sembrerebbe piuttosto implicare che, una volta venuto a conoscenza di informazioni sugli effetti indesiderabili del prodotto nell'esercizio normale e diligente della sua attività, il distributore debba ritenersi onerato di quella "attenzione" supplementare volta a comprendere, sulla base di un processo logico deduttivo a sua volta basato sulle conoscenze medie che gli standard professionali gli impongono, se gli effetti noti siano o possano essere forieri di effetti ulteriori gravi sulla salute, e in tal caso prendere le misure correttive precauzionali e prudenziali adeguate e procedere immediatamente alla notifica. Il che non significa né che sia esonerato dal richiedere o acquisire con mezzi propri informazioni supplementari utili ad accertare rischi e/o effetti indesiderabili; e nemmeno che debba attivarsi per acquisire tali informazioni sopportando costi eccessivi ed impropri in relazione e in proporzione alla sua posizione di distributore e al contesto concreto nel quale opera, valutata secondo standard medi di attenzione e diligenza. Se la presunzione di legge (certamente relativa) concerne ciò che "non poteva non sapere", il distributore dovrà attivarsi in questi limiti, dati da ciò che "mediamente" gli si può richiedere in termini di attenzione dovuta. Giusto per esemplificare, potrebbe essere buona pratica di distribuzione quella per la quale i dettaglianti accompagnino la vendita del prodotto, o di alcuni prodotti, con un questionario o un simile documento inteso a raccogliere informazioni sugli effetti dei prodotti in generale o per tipi di problemi o per fasce di clientela, e poi sviluppino i dati così acquisiti secondo le loro conseguenze e nei limiti sopra evidenziati, bilanciando l'interesse all'efficienza e continuità della distribuzione nella catena di fornitura nell'ambito del mercato interno, con l'interesse alla tutela della salute, della quale, nella misura evidenziata, essi devono

proporzionalmente farsi carico[12]. Con tali criteri si ritiene che le autorità competenti debbano poi valutare l'operato dei distributori.

D) Tornando all'art. 6 (co. 4), i distributori «*garantiscono*» anche che, fin quando il prodotto si trovi sotto la loro responsabilità/disponibilità, le condizioni di stoccaggio e di trasporto non pregiudichino la conformità del prodotto. Il che ancora una volta potrebbe implicare che l'ingresso in una rete distributiva comporti per l'aspirante l'onere di dimostrare di essere in grado di garantire condizioni "di magazzino" e di trasporto appropriate rispetto ai descritti obblighi di conservazione dei prodotti. E potrebbe anche trattarsi di requisiti di accesso che – in relazione alla specificità di ciascun cosmetico o del mercato di riferimento – richiedono investimenti preliminari che il fabbricante, o l'importatore o il grossista non intendono assumere in prima persona, ovvero intendono "imporre" ai distributori trasferendo loro il relativo rischio attraverso la richiesta di standard predeterminati di efficienza[13].

E) Quanto all'obbligo finale di cooperazione con le autorità competenti (art. 6, co. 5), imposto ai distributori «*per qualsiasi azione intesa ad evitare i rischi presentati dai prodotti che essi hanno reso disponibili sul mercato*» (ad es. di effetti indesiderabili per la salute umana *ex* art. 2, lett. *o, p)*), ancora una volta esso si traduce non soltanto nell'obbligo di fornire documentazioni e informazioni probatorie sotto il profilo della responsabilità, ma per l'appunto anche in quello di intraprendere eventuali "azioni", cioè attività o iniziative concrete idonee a prevenire quei rischi dei quali gli operatori della catena abbiano a qualsiasi livello palesato la possibilità. Il che -ancora una volta- suppone la capacità dei soggetti della catena di predisporre i mezzi organizzativi idonei ad ottemperare a tale richiesta di cooperazione delle autorità competenti. Va peraltro segnalato che, a completamento di quanto disposto dall'art. 6 in esame, il successivo art. 26

12 In altre parole, sembrerebbe di poter collegare l'assolvimento di tale obbligo a quello riferito all'informazione e all'assistenza dei clienti al momento dell'acquisto, o con modalità che i singoli distributori potranno elaborare. Sui primi, si veda il contributo al presente Convegno di F. Macario, *Profili consumeristici della regolazione dei cosmetici*, in *Cosmetici. Diritto, regolazione, bioetica*, cit., p. 107.

13 Sulle condizioni e requisiti di accesso alle reti di distribuzioni, mediante selezione indotta dal fabbricante, si veda più avanti dettagliatamente. In questa sede si può anticipare che, sulla base dei modelli contrattuali standard più adottati dalle case produttrici di cosmetici, la procedura di selezione prevede non solo che l'aspirante debba mostrare di disporre di locali confacenti al prodotto e di un punto vendita adeguato (dislocato in un certo contesto e con certe caratteristiche), ma anche che il fabbricante possa svolgere un'ispezione dei luoghi prima di consentire l'accesso alla rete. Queste clausole, spesso portate all'attenzione delle autorità della concorrenza per il loro possibile effetto restrittivo, si presume diventeranno la regola necessaria dei prossimi accordi di distribuzione. Per una anticipazione, si veda M.A. Imbrenda, *op. cit.*, p. 715 ss., con riferimento proprio alle clausole utilizzate dai produttori di cosmetici in merito alle caratteristiche dei punti vendita (localizzazione, struttura modalità espositive, servizi pre e post-vendita, ecc.).

dispone che proprio le autorità competenti «*chiedono*» ai distributori di adottare tutte le misure correttive volte a rendere conforme il prodotto, a ritirarlo o richiamarlo, «*in proporzione alla natura del rischio*», in caso di non conformità agli obblighi di cui all'art. 6.

Esaurita brevemente l'illustrazione degli obblighi di vigilanza imposti ai distributori in quanto tali, non ci vuol molto a comprendere che, qualora il distributore principale o il fabbricante del prodotto cosmetico intendano – per così dire – cavalcare la nuova regolamentazione quale strumento di competitività, l'unico mezzo al quale potranno ricorrere per raggiungere tale obiettivo potrà essere quello della distribuzione selettiva, trattandosi per l'appunto dell'unica soluzione idonea a sbarrare la strada agli aspiranti distributori che non fossero in grado di garantire il funzionamento della catena offrendo quei servizi (di monitoraggio, di intervento, ma anche di magazzino o di trasporto) che la legge impone nell'interesse pubblico alla sicurezza dei prodotti cosmetici, e che taluni *brand* – ma non tutti forse – potranno assumere quale strumento di rinnovata competitività nel mercato interno.

Si vuol dire in altre parole che, posto che alla stregua dell'art. 26 del Regolamento tutti i distributori della catena di fornitura rispondono in forma specifica avanti alle autorità competenti della ottemperanza agli obblighi loro imposti dal precedente art. 6, in proporzione alla natura del rischio a ciascuno di essi attribuito, a seguito dell'adozione a regime della nuova disciplina il mercato potrà risultare riorganizzato in diversi compartimenti a seconda del modo in cui gli operatori si predisporranno all'assolvimento di questi obblighi: se in termini di "mero adempimento", ovvero in termini di adeguamento competitivo. Nel primo caso la catena si adeguerà senza particolarmente distinguersi nel mercato. Nel secondo caso la catena si distinguerà per aver trasformato gli investimenti aggiuntivi in termini di sicurezza, vigilanza, precauzione, ecc., in un elemento di maggiore competitività selettiva dei distributori e per questa via di conquista del mercato.

Un' ultima segnalazione concerne la trasparenza della catena distributiva a seguito delle regole di identificazione e tracciabilità del prodotto cosmetico in circolazione imposte da Regolamento. Ai sensi dell'art. 13, infatti, ed alla stregua del più volte menzionato principio di precauzione, la Commissione esercita la funzione di vigilanza generale e accentrata della circolazione dei cosmetici nel mercato unico attraverso lo strumento della *notifica*. Più in particolare, la persona responsabile trasmette alla Commissione le informazioni richieste dall'art. 13, e la Commissione le mette a disposizione delle autorità competenti allo scopo di agevolare la sorveglianza del mercato e valutare le informazioni fornite ai consumatori agli effetti della loro protezione. Ma anche i distributori che operano nel commercio transfrontaliero da uno Stato membro all'altro, semplicemente operando una "traduzione" anche parziale dell'etichetta del prodotto al fine di "rispettare il diritto nazionale", devono fornire alla Commissione

una serie di informazioni idonee a re-identificare il prodotto e la persona responsabile, tracciandone il passaggio da uno Stato all'altro (art. 13, co. 3, con norma che si applica a decorrere dall'11 gennaio 2013).

Analogo obbligo di notifica, alla persona responsabile e da questa alla Commissione, è posto in capo al distributore per i prodotti già in circolazione prima della data dell'11 gennaio 2013, ma non in tale data e poi reimmessi successivamente in circolazione in uno Stato membro (art. 13, co. 4).

3 Qualche prospettiva analitica

Si era anticipato che lo scopo di queste riflessioni è quello di verificare le ricadute delle disposizioni che ridisegnano la distribuzione commerciale nel settore dei prodotti cosmetici sull'assetto dei rapporti contrattuali propri del settore, e per questa via sul complessivo assetto del mercato, intendendo quest'ultimo obiettivo con riferimento alle dinamiche concorrenziali che il nuovo Regolamento potrà o meno stimolare.

A partire da quanto osservato in merito alla nuova posizione giuridica dei distributori, è sembrato possibile ipotizzare che il nuovo Regolamento possa offrirsi come incentivo non di poco peso al rafforzamento delle catene di distribuzione selettiva, e di conseguenza – attesa l'imperatività delle norme indicate – come una sorta di occasione o giustificazione non di mero fatto per l' esenzione per categoria ovvero per settore merceologico dall'applicazione delle sanzioni *antitrust* agli "accordi verticali" che inevitabilmente i produttori tenderanno a stipulare con i distributori, rafforzando gli aspetti di chiusura e selezione all'ingresso nelle reti distributive, con presumibile effetto di restrizione della concorrenza[14].

Sarebbe perciò interessante verificare più puntualmente se e come le prescrizioni del nuovo Regolamento possano incidere sulle più comuni clausole dei contratti di distribuzione frequentemente poste al vaglio delle autorità antitrust, e se le eventuali restrizioni della concorrenza che ne derivassero possano o meno ricadere nell'ambito del regolamento di esenzione n. 330 del 2010, ovvero ricevere l'esenzione individuale, ai sensi dell'art. 101 TFUE[15].

Alla luce del nuovo Regolamento, infine, e della verifica ora prospettata, si potrebbe forse riesaminare la precedente giurisprudenza comunitaria in materia di contratti di distribuzione selettiva dei cosmetici, per esempio rispetto alle clausole imposte da taluni produttori in ordine alla presenza di "esperti" nel punto di vendita e al conseguente divieto così indirettamente imposto di distribuire il prodotto per corrispondenza o tramite vendita *on line*.

14 Sugli accordi verticali si vedano i contributi citati in nt. 5.

15 Sulle procedure di esenzione dall'applicazione delle sanzioni *antitrust*, v. nt. 6.

Il lavoro da fare dunque – in attesa che l'esperienza ci dica quale complessivo impatto il nuovo regolamento abbia prodotto sul mercato – è quello di riprendere in mano i *leading cases* comunitari, che contengono una valutazione delle clausole tipiche dei contratti di distribuzione selettiva, fino alle più recenti decisioni del 2013, e individuare quelle più significative sulle quali il nuovo regolamento potrebbe avere un impatto rilevante dal punto di vista degli effetti sulla competitività.

Dal punto di vista metodologico, va sottolineato che l'analisi alla quale ci si propone di dedicarsi è la tipica analisi che di questi contratti e della loro validità, anche parziale, viene fatta dal punto di vista del diritto della concorrenza, in particolare dal punto di vista degli effetti distorsivi della concorrenza che gli stessi possono generare non in quanto singoli accordi bilaterali, bensì in quanto "rete" o "blocco" di contratti standardizzati (im) posti dal produttore, i quali vanno ad incidere sul mercato di riferimento proprio in quanto "blocco" e con un "effetto cumulativo"[16]. Da questo punto di vista, in altre parole, l'effetto cosiddetto *escludente* riconducibile in teoria ad una clausola di esclusiva territoriale, ovvero al rifiuto del produttore di contrarre con candidati distributori privi dei requisiti (sempre più impegnativi) richiesti dalle sue strategie di vendita, ovvero ad altre clausole ancora (siano o meno discriminatorie), non viene misurato guardando al singolo contratto, bensì all'insieme dei contratti "identici" che contemporaneamente operano sul mercato di riferimento realizzando – come noto – un unico programma economico-giuridico, quello in virtù del quale si discorre di questi contratti in termini di "rete" o più propriamente di integrazione verticale[17].

E tuttavia, in presenza del nuovo Regolamento, l'indagine sulla validità delle clausole dovrà verificare certamente l'idoneità di queste ultime a generare effetti di restrizione della concorrenza, ma dovrà farlo comparando e bilanciando tale complessivo effetto *negativo* con la funzionalità delle clausole a realizzare contestualmente l'effetto *positivo* della pronta tutela degli interessi "altri" che il Regolamento vuole garantire, anche a costo del sacrificio della concorrenza. Tali sono gli interessi dei consumatori alla

16 È questa la specifica prospettiva nella quale si muove l'analisi di A. Nervi, *op. cit.*, pp. 110 e 117 ss.; analogamente M.A. Imbrenda, *op. cit.*, p. 707.

17 Ancora A. Nervi, *op. cit.*, p. 110 ss., il quale tiene distinti due piani di indagine sui contratti di distribuzione: quello relativo al singolo contratto di distribuzione nella tradizionale prospettiva civilistica, e quello relativo all'insieme dei contratti che ciascun produttore propone e stipula in serie con diversi distributori, questa volta nella prospettiva di una "rete" alla quale come insieme guarda il diritto *antitrust* e lo stesso legislatore europeo. L'adozione di questo duplice punto di vista (quello bilaterale del singolo contratto, e quello della rete come insieme con effetto cumulativo) si riflette anche nella valutazione delle singole clausole contrattuali e della loro validità, o di singoli comportamenti contrattuali (il rifiuto di contrarre, ovvero l'imposizione di obblighi organizzativi, la clausola di esclusiva: pp. 114, 121, 122), in relazione ai differenti contesti di mercato.

protezione della salute e l'interesse pubblico ad una vigilanza del mercato dei cosmetici che possa garantire la soddisfazione dei primi, entrambi affidati *anche* all'attività dei distributori privati.

4 La distribuzione selettiva nel settore dei cosmetici

Come noto, la distribuzione dei prodotti cosmetici si articola su molteplici canali, tra loro differenti, organizzati in relazione alle strategie di vendita dei produttori (operanti di norma in mercati cosiddetti di "lusso"), come pure in relazione alle generali preferenze commerciali dei consumatori[18]. Elementi non irrilevanti nell'indagine che si sta per intraprendere.

E così, da una parte si evidenziano canali ordinariamente specializzati di distribuzione, incentrati sulle classiche "profumerie", ovvero sui punti vendita localizzati nei centri della grande distribuzione organizzata (GDO); dall'altra si evidenziano canali iperspecializzati, di cui sono protagoniste le farmacie, che offrono cosmetici con posizionamento salutistico e di confine incerto rispetto ai farmaci veri e propri[19], caratterizzati da qualità paraterapeutiche a loro volta "vendute" quale esito di apposite attività di "ricerca e sviluppo". Qualità, a dire il vero, reclamizzate sempre più anche dalle case cosmetiche più prestigiose.

Da altro punto di osservazione, quello della segmentazione del mercato, mentre le profumerie specializzate indipendenti si articolano in profumerie meramente commerciali, di lusso o "boutique", e marginali; la distribuzione organizzata si articola variamente in catene con *brand* specifico[20], oppure in gruppi associati d'acquisto; mentre nei grandi magazzini i punti vendita delle varie case si affiancano in reparti *ad hoc* definiti "multi marche"[21].

18 Si veda lo studio di Lugli, citato in nt. 5.

19 Sulla distinzione tra farmaci e cosmetici nell'ambito del Regolamento n.1223/2009 si veda M.C. Paglietti, *Cosmetic law*, cit., p. 137 ss., partic. p. 141 ss.

20 Prevale in molti casi la formula del *franchising* in esclusiva, con contratti *intuitu personae*, stipulati all'esito di un corso di formazione e incedibili, aventi ad oggetto il trasferimento pieno del know-how tecnico, commerciale, pubblicitario, amministrativo, ecc. del produttore. Un'immagine completa e attuale si trova nella decisione della Commissione del 17 dicembre 1986, che concede l'esenzione al gruppo Yves Rocher, a seguito di una dettagliata analisi dei modelli di *franchising* adottati nel mercato europeo. Si legge nella pagina `http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31987D0014&qid=1397401071568&from=IT`.

21 Si tratta spesso di una caratteristica imposta dagli stessi produttori, che sembrano avversare il monomarchismo (sul quale vedi M.A. Imbrenda, *op. cit.*, p. 680), e preferire invece la clausola "multimarche", con la quale si impone ai distributori di vendere un assortimento minimo di un certo numero di marche, con un effetto auspicato di incentivazione all'acquisto per il beneficio che la concorrenza *interbrand* si ritiene possa generare nel consumatore (ancora M.A. Imbrenda, *op. cit.*, p. 725). In argomento v. anche M. Libertini, *Le intese restrittive della concorrenza*, cit. p. 237 ss.

Infine, dal punto di vista dei servizi offerti al consumatore e delle politiche di prezzo, si evidenziano sempre più le catene distributive convergenti verso il cosiddetto *mass market* (Limoni, Marionnaud), che praticano servizi innovativi (*make up* gratuiti, regali personalizzati) e prezzi competitivi accompagnati da tecniche di *merchandising*; e, di contro, la reazione delle "profumerie" nonché delle grandi case di produzione che tendono a rafforzare i meccanismi della integrazione verticale attraverso il consolidamento di severi criteri di selezione dei distributori, ma anche enfatizzando la specializzazione, il coinvolgimento degli stilisti nella presentazione del cosmetico, la consulenza professionale e personalizzata del servizio e la migliore qualità del prodotto.

Considerando dunque tale variegato assetto di mercato quale contesto di verifica degli effetti del nuovo Regolamento, alla stregua delle illustrate novità che lo stesso introduce nella posizione dei distributori, la prima questione da affrontare riguarda la domanda se possa o meno ritenersi giustificato il ricorso a sistemi di distribuzione selettiva dei cosmetici.

Al proposito, la nozione giuridica di distribuzione selettiva la troviamo nel citato Regolamento di esenzione n. 330/2010, alla stregua del cui art. 1, lett. *e)*, tale si definisce quel sistema «*nel quale il fornitore si impegna a vendere i beni o servizi ... solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati e nel quale questi distributori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema*». La nozione è rilevante agli effetti dell'applicazione o meno dell'esenzione di questi sistemi dall'applicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE, in quanto sistemi che realizzano accordi verticali contenenti a loro volta restrizioni verticali della concorrenza, ma nell'ambito di quanto consentito ai sensi del par. 3 del suddetto articolo. Più in particolare, i sistemi di distribuzione suddetti risultano esentati pur se prevedono la suindicata restrizione delle vendite a distributori non autorizzati nel territorio di riserva (restrizione di regola non consentita e tale da privare della esenzione gli accordi verticali che la prevedessero: art. 4, lett. *b)*, del regolamento), e pur se proibiscono ad un membro del sistema di svolgere la sua attività in un luogo non autorizzato (laddove invece di regola non possono essere poste restrizioni di vendita agli utenti finali, pena la disapplicazione della esenzione: art. 4, lett. *c)*, del regolamento). Mentre non possono prevedere la restrizione delle forniture incrociate tra distributori della stessa rete, pena anche in questo caso la disapplicazione dell'esenzione (art. 4, lett. *d)*, del regolamento).

I sistemi di distribuzione selettiva, dunque, possono evitare di cadere sotto la scure dell'art. 101 TFUE, riconoscendosi negli stessi i vantaggi di cui al co. 3 dello stesso art. 101, vantaggi i quali bilanciano positivamente gli effetti restrittivi della concorrenza che gli stessi inevitabilmente determinano (precisamente: il miglioramento della produzione o distribuzione del prodotti, la promozione del progresso tecnico o economico, riservando

agli utilizzatori una congrua parte dell'utile, ma evitando di imporre restrizioni non indispensabili e di provocare restrizioni per una parte sostanziale dei prodotti)[22].

Con riguardo al mercato dei cosmetici, in particolare, il massiccio ricorso a tali pratiche da parte dei grandi produttori ha ricevuto da tempo positiva sanzione da parte della giurisprudenza europea, segnatamente in relazione alla qualifica del mercato dei cosmetici come mercato di *beni di lusso*.

La prima decisione in materia è la storica sentenza l'Orèal del dicembre 1980, la quale apre la strada ad un metodo di valutazione degli accordi selettivi in questo settore basato, oltre che sul contenuto dei criteri utilizzati per la selezione degli aspiranti distributori[23], sulla verifica delle caratteristiche del prodotto in questione, intesa ad accertare se le stesse

22 Sulle restrizioni fondamentali contenute negli accordi di distribuzione esclusiva, e in particolare sulle restrizioni territoriali e della clientela, v. G. Faella, *Adelante con juicio, cit.*, p. 44 ss. La disciplina delle restrizioni e della esenzione ripropone la nota questione della ammissibilità delle distribuzioni parallele, sulle quali v. G. Tesauro, *op. cit.*, p. 405 ss., nell'ottica per la quale le misure nazionali che abbiano per effetto quello di canalizzare le importazione, a vantaggio di alcuni e a detrimento di altri operatori, costituirebbero misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative vietate dall'art. 34 TFUE; sul punto, C. Giust., Grande Sezione, 16 settembre 2008 (cause riunite da C-468/06 a C-478/06), in *Giur. it.*, 2009, p. 1898, con nota di A. Genovese, *Regole di concorrenza e commercio parallelo di farmaci*; sulla stessa decisione v. anche il commento di G. Colangelo, *Rifiuto di fornitura ed esportazione parallela*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 549, e di C. Desogus, *Il commercio parallelo disincentiva la ricerca farmaceutica*, *ibidem*, p. 335; mentre ancora sul commercio dei farmaci si segnala la decisione del Trib. I grado, sez. V - Sentenza del 26 ottobre 2000, in *Dir. ind.*, 2002, p. 59, con nota di L. Casson; ma in argomento v. già la decisione del Trib. I Grado delle Comunità Europee, 29 settembre 2006, causa T-168/01, in *Foro it.*, 2007, IV, p. 38, con nota di G. Colangelo, *Farmaci, commercio parallelo e obiettivi dell'Antitrust: il caso "Glaxo"*, p. 39, con la quale il giudicante esclude che, in linea di principio, la limitazione del commercio parallelo costituisca automaticamente una restrizione della concorrenza, dovendosi previamente verificare che non ricorrano effetti positivi legati al progresso della produzione e della distribuzione dei prodotti; più di recente si veda poi decisione di Trib. Palermo, 28 febbraio 2013, in *Corr. giur.*, 2014, p. 210, con nota di commento di M. Lascialfari, *L'interferenza con un sistema di distribuzione selettiva costituisce davvero un atto di concorrenza sleale?*, ove il problema è trattato sotto il profilo della tutela del segno distintivo, garantito "ermeticamente" dai sistemi selettivi, a fronte delle vendite realizzate da distributori indipendenti; in senso parzialmente contrario Trib. Bari, Sez. spec. proprietà industriale e intellettuale, 11 luglio 2008, in *Dir. ind.*, 2009, p. 139, con commento di C. Manfredi, p. 144 ss.. Altre indicazioni in Cass., 21 dicembre 2007, n. 27081, in *Giur. it.*, 2008, p. 2223 ss., con nota di A. Saraceno, *Note in tema di importazioni parallele, contraffazione di marchi e concorrenza sleale*, p. 2223 ss.

23 Sentenza della Corte 11 dicembre 1980, causa 31/80, reperibile nella pagina `http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61980CJ0031&qid=1397374495892&from=EN`, punto 15, ove si giudicano ammissibili criteri qualitativi oggettivi, concernenti la qualificazione professionale del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti; stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e valutati in modo non discriminatorio. E si aggiunge poi che gli stessi devono rendersi necessari ed essere proporzionati rispetto al fine perseguito (punto 16). La controversia traeva origine dalla richiesta de l'Orèal di inibire ad un distributore rimasto escluso dalla rete selettiva di una linea di prodotti per capelli la possibilità di offrire in vendita quei prodotti. La convenuta eccepiva così l'illegittimità del sistema di vendita selettiva, sulla quale la Corte si esprime nel senso che si è appena detto.

richiedano, «*onde conservarne le qualità e garantirne l'uso corretto*», un sistema di distribuzione selettiva. E che i prodotti cosmetici rientrino in tale categoria, insieme con i prodotti durevoli ad alta tecnologia, è affermato a chiare lettere da un'altra significativa decisione, secondo la quale «*i cosmetici di lusso … sono prodotti ricercati e di alta qualità, dotati di un'immagine di lusso distintiva*», corrispondente alla «*percezione specifica che ne hanno i consumatori*» e costituente «*parte della loro stessa natura*». Sicché risponde all'interesse dei consumatori che tali prodotti siano venduti in condizioni tali che ne venga preservata la loro immagine di lusso[24].

In merito a tale argomento si è osservato che, in verità, lo stesso costituisce una sorta di capovolgimento dell'impostazione del rapporto tra caratteristiche del prodotto e sistema di distribuzione selettiva, atteso che per i cosmetici sarebbe la vendita selettiva a rendere il prodotto di lusso e non la qualità dei prodotti a rendere necessaria la distribuzione selettiva[25].

Indipendentemente da tale ultima valutazione, al giorno d'oggi non più formulabile in presenza dell'evoluzione commerciale dei *brand* legati alle case cosmetiche, se si volesse sviluppare la giustificazione astratta dei sistemi di distribuzione selettiva articolata sulle qualità intrinseche del prodotto, ci si dovrebbe chiedere se il nuovo regolamento non abbia fatto acquistare ai cosmetici una nuova "qualità", che si aggiunge alla lussuosità, ovvero alla originalità (che richiede di essere protetta anche contro la contraffazione); una qualità nuova, o meglio vecchia ma mai dichiarata, che si connette alla "rischiosità" per la salute umana, così tanto presa in considerazione dal nuovo Regolamento da farne la premessa di un complesso sistema di vigilanza e tracciabilità della circolazione del prodotto, almeno in parte affidato – come prima si è detto – ai distributori privati, che ne portano almeno in parte la responsabilità[26].

24 Così la sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 1996, causa T-19/92, promossa dal Groupement d'achat Leclerc contro la decisione della Commissione, alla pagina http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992TJ0019&qid=1397375577634&from=EN, a proposito dell'esenzione degli accordi di distribuzione selettiva proposti dalla Yves Saint Laurent parfums SA ed altri, punto 11 della massima. Gli argomenti sono poi ripresi e sviluppati nei punti 114 e seguenti contenenti le motivazioni del Tribunale, secondo il quale la cosiddetta "aura di lusso" costituisce una irrinunciabile caratteristica immateriale dei cosmetici, come tale percepita dai consumatori, nel cui interesse dunque deve riconoscersi la liceità di sistemi di distribuzione selettiva che non offuschino, ma valorizzino quell'aura (punto 120). Nello stesso senso la decisione della Commissione del 24 luglio 1992, relativa ad un procedimento di applicazione dell'art.85 Trattato CEE attivato dalla Parfums Givenchy. La si legge nella pagina http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31992D0428&qid=1397384630200&from=EN

25 Così R. Lolli, Yves Saint Laurent parfums e Givenchy: *i recenti sviluppi del diritto comunitario in tema di distribuzione selettiva*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 1204, ed *ivi* altra bibliografia. Sulla garanzia dell'aura di lusso, svolta dai sistemi di distribuzione selettiva, v. anche C. Giust., 23 aprile 2009, causa C-59/08, in *Dir. ind.*, 2009, p. 538, con nota di N. Landi, *ivi*, p. 542 ss.

26 Sulla rischiosità dei cosmetici, e sul principio di sicurezza nel mercato dei cosmetici, v.

Se queste considerazioni non sono infondate, non dovrebbero esserci dubbi circa l'ammissibilità in astratto, dal punto di vista del diritto della concorrenza quale fin qui applicato, dei sistemi di distribuzione selettiva dei cosmetici, leciti dunque ai sensi dell'art. 101 TFUE e del regolamento di esenzione del 2010, certamente opportuni dal punto di vista del principio di precauzione, se non addirittura necessari. Come negare, infatti, che sia «nell'interesse dei consumatori» e degli utilizzatori finali che i cosmetici vengano venduti in condizioni tali che ne venga preservata (oltre che la loro immagine di lusso) anche la loro utilità, o non rischiosità, per i consumatori medesimi? E come far sì che i distributori garantiscano quelle «condizioni», senza una preventiva valutazione delle risorse che sono in grado di impiegare nella distribuzione e una conseguente adeguata selezione dei candidati e dei loro "punti vendita"?

Ipotizzando dunque – per quanto ora detto – l'ammissibilità della distribuzione selettiva quale sistema possibile per la circolazione dei cosmetici, l'analisi deve spostarsi in primo luogo sulla procedura di selezione e ammissione dei candidati alla catena distributiva; e successivamente sulle clausole del contratto attraverso le quali il fabbricante attua – attraverso la selezione – la propria strategia commerciale.

5 (segue) Il problema dell'accesso alle grandi reti di distribuzione e della selezione dei candidati

In merito al primo aspetto, e secondo i dettami condivisi della giurisprudenza europea, l'esame della procedura di valutazione e selezione dei candidati fa emergere l'esistenza di una delle quattro condizioni dalle quali dipende il giudizio di conformità dei sistemi selettivi all'art. 101, par. 3, TFUE, e precisamente quella per cui «*la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio*»[27]. Di particolare interesse a tal proposito si presenta la decisione della Commissione del 24 luglio 1992[28], originata dalla richiesta di esenzione presentata dalla società Parfums Givenchy avente ad oggetto un "contratto tipo" di distribuzione selettiva predisposto per la vendita dei prodotti nel mercato interno. La Commissione valuta il procedimento istituito per l'esame delle domande dal punto di vista dei tempi prestabiliti per decidere; delle motivazioni di un eventuale rifiuto della domanda; e della opportunità di

M.C. Paglietti, Cosmetic law, cit., p. 134 e p. 147 ss.

27 Così Trib. di primo grado, 12 dicembre 1996, cit., punto 11 della massima.

28 È il caso Givenchy, 92/428/CEE, reperibile nella pagina `http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992D0428&qid=1397374989221&from=EN`.

eliminare ogni rischio di arbitrarietà del produttore nella decisione, la quale non potrebbe configurarsi del tutto discrezionale e insindacabile. Il tutto alla stregua del par. 3 dell'art. 85, oggi 101, TFUE. E propone perciò al produttore modifiche del contenuto contrattuale intese a conciliare nella tempistica sia le esigenze di quest'ultimo (ispezioni del punto vendita, formazione del personale, ecc.), che quelle del rivenditore (eseguire i lavori di trasformazione in modo razionale); anche allo scopo di non superare il limite di quanto necessario per garantire un'integrazione "morbida" dei nuovi rivenditori nella rete di distribuzione. D'altra parte, l'introduzione dell'obbligo di motivare il rifiuto mette il rivenditore in condizioni di contestare le modalità di applicazione del procedimento nei suoi confronti e di lamentare, se del caso, l'applicazione discriminatoria avanti alle autorità nazionali competenti, oppure avanti alla Commissione. Ciò posto, la Commissione, nel dichiarare l'esenzione, impone alla Givenchy l'obbligo di relazionare ogni due anni in merito all'andamento della rete, o a taluni aspetti della stessa.

L'aspetto appena esaminato concerne il problema della eventuale discriminazione dei candidati praticata dal produttore attraverso le modalità di selezione, ma nei confronti di singoli distributori specificamente individuati[29].

E tuttavia, la procedura di selezione può nascondere un secondo effetto discriminatorio, riferibile non a singoli candidati bensì ad intere categorie di distributori, configurandosi addirittura come sistema di esclusione "a priori" di talune tipologie di vendita, con un effetto restrittivo della concorrenza paralizzante e perciò non accettabile ai sensi dell'art. 85, ora 101, del TFUE.

È questa la problematica affrontata nella decisione Leclerc c. Commissione, concernente i contratti proposti dalla Yves Saint Laurent SA[30], da leggersi in relazione alla segmentazione del mercato dei cosmetici ed alla presenza di negozi cosiddetti di lusso (le profumerie tradizionali) e di esercizi commerciali genericamente appartenenti al sistema della grande distribuzione organizzata (ipermercati, centri commerciali di medie o grandi dimensioni). Ed infatti, la controversia è aperta dalla catena commerciale Leclerc, la quale presenta ricorso avanti alla Commissione, contestando l'intento di quest'ultima di concedere l'esenzione, principalmente sull'argomento per il quale il sistema selettivo di YSLP escluderebbe "d'ufficio" la grande distribuzione, per effetto dell'operare del cumulo di criteri selettivi arbitrari e discrezionali in base ai quali soltanto alcuni magazzini o catene

29 In argomento si veda anche R. LOLLI, *op. cit.* p. 1231, con riguardo al sistema di selezione della YSLP.

30 Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 1996, Groupement d'achat Eduard Leclerc (GALEC) c. Commissione – causa T-19/92, cit., punto 16 della massima, e poi *amplius*.

(Lafayette, ad esempio) potrebbero essere ammessi alla rete, mentre altri – come la Leclerc – ne verrebbero esclusi, nonostante siano per mezzi ed esperienza in grado di garantire tutte le esigenze legate alla distribuzione di prodotti di lusso; ovvero sarebbero obbligati ad abbandonare i propri consolidati metodi di commercializzazione[31].

La risposta della Commissione è di estremo interesse, ed ancora fruibile in relazione agli interrogativi che ci si è posti a seguito dell'emanazione del nuovo Regolamento.

Sul piano più strettamente metodologico, la Commissione non accetta l'argomento del ricorrente per il quale il sistema selettivo YSLP escluderebbe *a priori* talune catene distributive, e ritiene invece che l'esistenza di ostacoli all'accesso alla rete debba essere dimostrata attraverso un ricorso contro l'eventuale diniego. Così come ritiene che non si possa presumere l'applicazione automatica dell'art. 85, n. 1, ora 101 del Trattato per il semplice fatto dell'esistenza di sistemi di distribuzione selettiva, a meno che non si dimostri che tali sistemi «*non lasci(no) posto ad altre forme di distribuzione imperniate su una politica concorrenziale di natura diversa o si risolva(no) nella rigidità della struttura dei prezzi non compensata da altri fattori concorrenziali fra articoli della stessa marca e dall'esistenza di una concorrenza effettiva tra marche diverse*»[32]. Analogamente, non si può presumere un effetto cumulativo di blocco della distribuzione, a beneficio di taluni soltanto dei canali esistenti, senza dimostrare il concreto ostacolo all'accesso ovvero la mancanza di una concorrenza efficace in materia di prezzi[33].

Mantenendosi su questo piano argomentativo, l'introduzione del nuovo Regolamento, con la crescente misura di obblighi di vigilanza imposti ai

31 Al punto 66 si legge che «Il Galec sostiene principalmente che il cumulo dei criteri di selezione approvati dalla decisione ha l'effetto di escludere a priori dalla rete Yves Saint Laurent alcuni ipermercati che operano con l'insegna É. Leclerc, nonostante essi siano idonei a porre in commercio profumi di lusso in modo corretto, valorizzando gli articoli. Accanto a questa censura principale, il Galec fa valere nel ricorso tre gruppi di motivi, attinenti, rispettivamente, ad insufficienze della motivazione, ad errori di fatto e ad errori di diritto. Con tali motivi, la cui portata si sovrappone, vengono sostanzialmente formulate le quattro censure seguenti: a) la decisione sarebbe viziata da insufficienze della motivazione e/o da errori manifesti di fatto laddove i metodi di valorizzazione applicati dai centri commerciali di grandi o medie dimensioni (in prosieguo: la «grande distribuzione») vengono ritenuti non idonei alla distribuzione dei profumi di lusso; b) la decisione sarebbe viziata da insufficienze della motivazione e/o da errori manifesti di fatto in ordine alle esigenze e alle aspettative dei consumatori; c) la decisione sarebbe viziata da errori di diritto e/o da insufficienze della motivazione laddove la Commissione ha stabilito che i criteri sintetizzati nella parte II.A.5 non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato; d) la decisione sarebbe viziata da errori di diritto e/o da errori di fatto manifesti e/o da insufficienze della motivazione con riguardo all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato». Tali argomenti sono poi sviluppati nei punti successivi (partic. 68-82).

32 Così al punto 179 della decisione.

33 Punto 182. In argomento anche R. Lolli, *op. cit.*, p. 1222 ss..

distributori, non potrà che rafforzare –verosimilmente – l'orientamento di favore per i sistemi di distribuzione selettiva, consentendo di aggiungere ai tradizionali argomenti anche quello basato sulla "nuova" necessità di selezionare l'accesso alle reti distributive soltanto da parte di candidati che siano in grado di assicurare il soddisfacente assolvimento di quegli obblighi, senza che ne vada a detrimento quell'aura di lusso che connota il mercato dei cosmetici e ne giustifica – per l'appunto – la distribuzione selettiva.

Ciò posto, si tratta adesso di verificare l'impatto del Regolamento sulle clausole più comunemente riprodotte nei contratti di distribuzione per garantire l'interesse e la sicurezza dei consumatori: obiettivo già presente nelle strategie commerciali dei produttori, ma adesso imposto dal Regolamento quale obiettivo primario della regolazione del mercato dallo stesso introdotta.

6 (segue) Le clausole di accesso riservato

Viene principalmente all'attenzione al proposito la clausola che riserva l'accesso alle reti distributive di cosmetici soltanto ai candidati laureati in farmacia e già titolari di una farmacia. Si tratta del noto caso Vichy[34], i cui contratti prevedevano una clausola che limitava soltanto alle farmacie l'accesso alla rete distributiva, escludendo (parrebbe di sì questa volta) tutti gli altri circuiti commerciali operanti nel settore dei cosmetici. La Commissione bocciava la clausola, ritenuta inammissibile in quanto tale da porre un criterio di selezione quantitativo, atteso che il circuito dei farmacisti è disciplinato in molti dei paesi membri dell'UE alla stregua di un numero chiuso; elemento che, limitando artificialmente il numero dei potenziali distributori, rende sproporzionato il criterio selettivo rispetto agli obiettivi perseguiti dal produttore. Nemmeno potrebbe dirsi che la farmacia rappresenta il luogo ideale per la distribuzione dei cosmetici, perché questa appare una petizione di principio non dimostrata, che è indice invece della scelta deliberata del produttore di optare per una rete costituita da un numero limitato di punti vendita: il che costituisce una grave restrizione della concorrenza.

Il Tribunale conferma la valutazione, specificando che, «quando la limitazione del numero dei punti vendita non deriva dal normale gioco del mercato, il criterio di ammissione … va considerato avere natura quantitativa», nonché «atto a pregiudicare il commercio intracomunitario», tanto più se si considera «l'effetto cumulativo risultante dall'esistenza di

34 Tribunale di primo grado, 27 febbraio 1992, causa T-19/91, reperibile alla pagina `http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991TJ0019&qid=1397376220551&from=EN`, ampiamente commentata da R. Lolli, *op. cit.*, p. 1225 ss.

sistemi paralleli di distribuzione esclusiva in farmacia per tutti i marchi di cosmetici venduti nel circuito farmaceutico»[35].

Se la valutazione esposta tiene conto principalmente dell'effetto della "chiusura" del sistema distributivo e conseguente restrizione della concorrenza per il contingentamento artificiale dei segmenti di mercato, tuttavia sia la Commissione che il Tribunale riconoscono l'utilità della speciale capacità di consulenza che il farmacista potrebbe fornire ai consumatori, e perciò la legittimità della richiesta avanzata da Vichy in ordine a tale competenza, ma la riconoscono soltanto in relazione al possesso della laurea in farmacia, e non al requisito ulteriore della titolarità della farmacia quale esercizio commerciale.

Si giunge così ad affrontare un profilo di estremo interesse e di sopravvenuta attualità rispetto ai dettami del nuovo Regolamento. Quello della informazione specialistica e professionale da fornire al consumatore, per orientarlo nella scelta del prodotto più adatto alle sue esigenze, o ai suoi problemi, ovvero per suggerire le migliori modalità di uso e conservazione. Poiché gli obblighi dei distributori sono stati disegnati dall'art.6 in una direzione che include anche una necessaria attività di "osservazione" degli effetti del prodotto cosmetico, preliminare agli obblighi di informazione e notifica alle autorità competenti sugli eventuali rischi che lo stesso presentasse per la "salute umana", è possibile che una clausola che impone ai distributori una consulenza professionale nel punto vendita si proponga come ricorrente nei contratti di distribuzione, e diventi il mezzo attraverso il quale prevenire o contrastare eventuali azioni di responsabilità introdotte per gli effetti dannosi dei prodotti sulla salute dei consumatori.

Può essere allora interessante verificare in che modo la giurisprudenza ha trattato la clausola in esame.

La decisione Leclerc prima citata espressamente reputa che «la presenza nel punto vendita di una persona in grado di consigliare o informare i consumatori in maniera adeguata costituisce in via di principio un'esigenza legittima» per i cosmetici di lusso e «parte integrante di una buona presentazione». In tal caso, il riferimento è alle clausole di YSLP che richiedevano una qualificazione professionale del rivenditore e del suo personale nel campo della cosmetica e cure estetiche, comprovata da

35 Per questi argomenti, si leggano i punti 67, 77, 80 della decisione. È questa l'argomentazione tipica intesa a dimostrare la produzione del cosiddetto "effetto blocco", a sua volta generato dall'"effetto cumulativo", cioè dall'operare contestuale di una serie di contratti standardizzati facenti capo allo stesso produttore, e contestualmente a tanti produttori che scelgono a priori uno stesso circuito, dall'insieme dei quali si genera una compartimentazione dei mercati e una posizione monopolistica di taluni rivenditori (nella specie le farmacie), a scapito di altri, ai quali l'accesso alla distribuzione di quei prodotti risulta precluso. In argomento A. Nervi, *op. cit.*, p. 117 ss., e p. 133 ss. Conservano ancora interesse, rispetto al variegato mercato dei prodotti farmaceutici e simili, alcune lontane decisioni della Corte di Giustizia, raccolte brevemente in *Dir. comm. sc. intern.*, 1992, p. 373 ss.

un diploma di estetista o da analogo attestato professionale rilasciato da una camera di commercio[36]; dunque un diploma non propriamente legato ad una competenza in materia sanitaria. La clausola in verità sembra più attenta agli aspetti propri di una politica commerciale adeguata ai crismi della vendita dei prodotti di lusso, che non a quelli della vendita di prodotti che possono anche presentare un tasso di rischiosità elevato per la salute umana (ma del resto, quest'ultimo elemento di attenzione è da ricondurre al nuovo Regolamento).

Un'altra più recente decisione della Corte di Giustizia affronta la questione da un punto di vista ancora diverso. La società Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (PFDM) inseriva nelle proprie condizioni generali di distribuzione la clausola per la quale il distributore autorizzato deve dimostrare la presenza fisica e permanente nel suo punto di vendita, e per tutta la durata dell'orario di vendita, di una persona fisica qualificata attraverso un diploma di laurea in farmacia, e addetta alla consulenza professionale del consumatore in ordine alle caratteristiche tecniche e scientifiche del prodotto, specie quelli destinati alla cura della pelle, dei capelli e del cuoio capelluto. La clausola viene giustificata attraverso il richiamo al fine perseguito (garantire il benessere del consumatore), ma viene censurata dalle autorità *antitrust* e poi dalle autorità giurisdizionali, in primo luogo sull'argomento per il quale i cosmetici non sono medicinali; e soprattutto sull'argomento per il quale una clausola siffatta, concentrando le vendite nella zona "fisicamente" limitrofa al punto vendita nel quale il farmacista è presente, escluderebbe di fatto tutte le forme di vendita via internet, così realizzando una restrizione della concorrenza sostanzialmente equivalente ad un divieto di vendite attive e passive, in presenza del quale lo stesso regolamento di esenzione degli accordi verticali e dei sistemi di distribuzione selettiva si esprime negativamente[37].

36 Si legga la decisione citata, punti 11 e poi 132. Anche i contratti Givency prevedono analoghe clausole, ritenute legittime dalla Commissione.

37 Si veda la decisione della C. Giust., 13 ottobre 2011, procedimento C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS c. Président del l' Autorité de la Concurrence, Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi, con l'intervento della Commissione, reperibile nella pagina ,http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CJ0439&qid=1397376866990&from=EN punti 13 e ss della Causa principale e questione pregiudiziale. La possibilità di esenzione per categoria viene negata anche di fronte al rilievo della PFDC secondo il quale internet sarebbe un luogo di vendita non autorizzato, ritenendosi in contrario che internet non sia un luogo, ma uno strumento alternativo di vendita, come tale non 'escludibile' a priori da quelli di cui i rivenditori possono servirsi. Per alcuni commenti sulla decisione, v. V.C. Romano, Vendite *on line* nei *networks* di distribuzione selettiva: il caso Pierre Fabre, in *Merc., conc., reg.*, 2012, p. 143, con note critiche sull'efficienza delle vendite *on line*, motivate con particolare riferimento al rischio di una perdita dell'immagine (per i prodotti di lusso e ad alta tecnologia); al rischio della contraffazione; al rischio del commercio parallelo; ed infine al non indifferente rischio di alimentare i *free riding*, reso possibile dal basso costo cui il venditore *on line* può far ricorso, rispetto al venditore "fisico" e alla conseguente pratica per cui il consu-

In verità, per quanto il nuovo Regolamento fosse noto, seppur non ancora entrato in vigore all'epoca dei fatti, l'unico punto di vista a partire dal quale la clausola viene esaminata è quello dell'applicazione del Regolamento di esenzione, cioè quello degli effetti sulla concorrenza. La Corte di Giustizia qualifica la clausola controversa come restrittiva "per oggetto" ai sensi dell'art. 101 TFUE, inammissibile se non oggettivamente giustificata; e nemmeno esentabile ai sensi dell'art. 4, lett. *c)*, del regolamento n. 2790/1999 (ora n. 330/2010); ferma restando la possibilità di un'esenzione a titolo individuale *ex* art. 101, par. 3, se ne sussistono le condizioni.

Il diverso punto di vista avanzato in corso di causa dal produttore per fronteggiare l'argomento concernente l'incompatibilità della restrizione delle vendite via internet con il Trattato, viene sì elaborato con riferimento alla sicurezza dei prodotti e alla tutela della sanità pubblica[38], e quale misura volontaria privata, e tuttavia se ne richiede una giustificazione oggettiva rappresentata da una prescrizione normativa nazionale o di origine europea, e in presenza di un obiettivo di natura pubblicistica, volto alla tutela di un bene pubblico, e non limitato alla protezione dell'immagine dei prodotti[39].

Ebbene, se si volesse ad oggi riconsiderare l'iter argomentativo della CGUE, alla luce delle prescrizioni del nuovo Regolamento che espressamente richiamano la salute umana quale interesse pubblico che giustifica la nuova disciplina della circolazione dei cosmetici nel mercato unico, forse le conclusioni potrebbero essere riviste, se non ribaltate.

Bisognerebbe in primo luogo separare i due punti problematici, fin qui trattati in connessione fra loro, concernenti la presenza del farmacista e la restrizione delle vendite *on line*, allo scopo di evitare che il secondo trascini anche il primo nella valutazione negativa operata in un'ottica meramente *antitrust*.

Ritenuto così che il divieto di vendita *on line*, o per corrispondenza, non potrebbe – se posto in quanto tale – non essere censurato, per le ragioni menzionate nella decisione esaminata, il problema diventerebbe quello di stabilire se la clausola che impone la presenza fisica di un consulente

matore, verificata la qualità del prodotto presso il rivenditore "fisico", lo acquista poi *on line* risparmiando notevolmente sul prezzo. Ma in tal modo il rivenditore *on line* si è appropriato dei vantaggi prodotti con gli investimenti del rivenditore "fisico" ed a scapito di quest'ultimo. In argomento v. anche G. Faella, Adelante, cit., p. 55; nonché S. Grassani, *Vendite internet e selezione della rete distributiva: Darwin o Posner?*, in *Merc., conc., reg.*, 2011, p. 379 ss., il quale analizza gli Orientamenti 2010 della Commissione, favorevoli in merito alla facoltà di un produttore di condizionare l'accesso alla propria rete alla disponibilità di punti vendita non virtuali (proprio con riferimento alle prassi decisionali nel settore dei cosmetici), nonchè a quella di richiedere agli *internet sellers* ammessi alcuni standard di qualità del sito *web* (ivi, p. 390 ss.). Un commento al caso Pierre Fabre si trova a pag.397 ss. del contributo di Grassani.

38 Si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale del 3 marzo 2011, punti 31 ss..

39 V. in partic. il punto 35 delle Conclusioni di cui sopra.

specializzato, di per sé già positivamente considerata dalla giurisprudenza, e ad oggi più che mai giustificabile alla luce del Regolamento, possa considerarsi foriera di vantaggi ai consumatori e di benefici alla salute pubblica tali da giustificare l'eventuale restrizione delle vendite *on line* e bilanciarne ragionevolmente e gli effetti negativi sulla concorrenza, senza andare oltre il limite del necessario. In altre parole, i valori da bilanciare sarebbero le restrizioni delle vendite a distanza e i benefici per la salute pubblica, valore che costituisce la *ratio* del sistema di vigilanza sulla circolazione dei cosmetici – ancorché non medicinali – introdotto dal nuovo Regolamento, dovendosi specialmente tenere in considerazione alla luce di quest'ultimo che le caratteristiche dei cosmetici non si esauriscono nella nota "aura di lusso", ma si estendono a taluni profili di rischiosità, della cui rilevazione proprio i distributori sono diventati soggetti (cor)responsabili. Ne conseguirebbe che – così ragionando – la clausola della presenza fisica del farmacista (o di qualunque altro consulente specializzato), non solo sarebbe oggettivamente giustificata (come la decisione in astratto ritiene che debba essere una clausola limitativa della concorrenza), ma potrebbe addirittura valutarsi come necessario "corrispettivo" degli obblighi che i distributori debbono per legge sobbarcarsi nell'esercizio della loro attività – siano o meno parti di un sistema di distribuzione selettiva. I contratti che in tal modo motivassero l'inserzione della clausola in esame, quale requisito per l'accesso alla rete distributiva del produttore, potrebbero perciò ricevere l'esenzione per categoria, o comunque l'esenzione a titolo individuale.

Resta a questo punto da verificare se sia argomentabile (ad esempio, da parte delle autorità antitrust in sede di procedimento di notifica) una qualche misura organizzativa che, ritenuta giustificabile la clausola, ne volesse tuttavia temperare le ricadute sulla eventuale limitazione delle vendite *on line*, o incentivarne l'uso pur in presenza di personale specializzato nell'assistenza dei consumatori, ovvero nell'espletamento degli altri compiti strumentali all'adempimento degli obblighi imposti dal Regolamento ai distributori. La risposta dipende da fattori non ancora noti all'esperienza applicativa del Regolamento.

In teoria, nulla impedisce di configurare adeguatamente l'assistenza del farmacista anche nelle vendite a distanza, invitando preliminarmente il consumatore alla lettura di informazioni specifiche sulla rischiosità del prodotto, rese disponibili in relazione ad ogni categoria di cosmetici, nonché a sospendere l'acquisto in attesa di una consulenza *on line* da richiedere spontaneamente e fornire rapidamente da parte del *seller* e senza costi aggiuntivi, evidentemente in forma strettamente riservata. Il carattere partecipativo dei procedimenti di notifica si presterebbe, forse, a simili negoziazioni con il produttore, in relazione ai costi che il servizio comporterebbe e ai vantaggi indotti.

Ricerche giuridiche ISSN 2281-6100
Vol. 3 – Num. 1 – Giugno 2014

Soft law et *hard law* dans le «réseau» des sources

Roberto Senigaglia
(Professore associato di Diritto privato nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The author supports the participation of the rules of soft law in the system of sources of law, through the work of interpretation. He represents the system of sources of law in horizontal terms, using the image of the network, thereby overcoming the vertical image of the pyramid.

Durant mon intervention, je chercherai à soutenir la thèse de la *soft law*, comme ensemble de règles devenues partie intégrante du système des sources dans l'ordonnancement, à travers l'activité interprétative.

L'absence de contrainte, la structure non conditionnelle et la formation à charge des destinataires à travers la méthode corporative ou de la coordination ouverte (voir article 5 TFUE), marquent la distance entre les règles de *soft law* et celles de *hard law*; lesquelles, vice-versa, se caractérisent par l'émanation de la souveraineté de statut, munies de sanction et structurées selon des termes généraux, abstraits et hypothétiques (Sperti, *Un* soft law *costituzionale?*, in *Pol. dir.*, 2012, p. 107 ss.).

Seules ces règles, posées selon de rigides procédures qui filtrent le fait en le traduisant dans le langage des préceptes, sont *formellement* députées à la création du droit. En revanche, la règle qui ne traverse pas le filtre de la procédure, posée par des sujets non légitimés à former le droit, ne devrait pas se qualifier de juridique.

En se basant sur ce schéma de raisonnement, nous devrions conclure que les règles de *soft law* sont des règles à caractère purement (bien que typiquement) social. De nombreux auteurs diffusent cette conclusion, car ils ont été convaincus par le fait que, dans la *soft law*, la sanction soit substituée par une prévision-remède, dont le but est de réaliser le contenu de la règle d'une manière non pas *co-active* mais à travers la *désapprobation* du «groupe» d'appartenance qui a *reconnu* la validité de la règle.

Toutefois, il semble que les arguments sur lesquels repose le refus de la juridicité des règles de *soft law* – non structurées formellement comme

Relazione presentata all'Université Paris Ouest, Nanterre La Défense, Recontres doctorales des Écoles doctorales de Venise et Paris Ouest – Nanterre La Défense sur "La Notion de Soft Law", 29 settembre 2014-1 ottobre 2014.

les règles de *hard law* – soient trop rigides. Il suffit d'observer que toute les règles *hard* ne sont pas formulées en des termes généraux, abstraits et conditionnels, et ne sont pas toutes accompagnées d'une sanction (pensons, par exemple, aux règles de principe).

Le seul point de distance qui mérite, à notre avis, d'être analysé est, tout au plus, la méthode de production de la règle, qui échappe totalement aux analyses formelles présidées par le principe de démocratie représentative.

De ce point de vue également, nous postulons que le discours sur la *soft law* ne se réfère pas à ce qui n'est pas du droit, mais à une entité qui génère des normes juridiques et donc participe au *corpus* nominatif, nécessairement toutefois avec les règles de *hard law*; donc, pas une source autonome du droit, mais une source parmi les sources. C'est le sens de l'architecture horizontale du système des sources, représentée à travers l'image du *réseau*, mise en contraste par rapport à l'architecture verticale de la *pyramide*: tout comme le réseau est formé de nombreuses contraintes reliées entre elles en sens horizontal, le système des réseaux est formé par tous ces facteurs qui, dans le cadre d'un certain contexte juridique, contribuent à *générer* les normes (Ost, van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?,* in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, 44, p. 1 ss.; Pastore, Soft Law, *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e dir.*, 2003, p. 5 ss.).

Cette image dépasse évidemment la traditionnelle distinction entre sources formelles et sources matérielles, sources-acte et sources-fait, sources ordinaires et sources *extra ordinem*, en posant au contraire toutes les règles (qui à différent titre revêtent une typicité sociale) dans un rapport d'interaction, étant donné que toutes contribuent, même si de manière différente, à *former* le droit.

Il s'agit d'un phénomène qui a connu son apothéose au temps de la globalisation de l'univers juridique, quand les forces économiques ont abattu ouvertement le monopole sur le droit des organes de statut détenteurs du pouvoir législatif, en exigeant des disciplines déracinées des États et strictement adhérentes aux instances des catégories d'appartenance. On comprend alors la dimension que prend le phénomène de la *soft law*, qui se tourne non seulement vers le droit national, mais aussi vers le droit européen et celui international: résolutions, avis, programmes, communications, recommandations, orientations, instructions, codes de conduite, modèles contractuels, instruments optionnels de régulation, etc. sont seulement quelques-unes des expressions de «droit souple» qui intéresse transversalement tout cadre juridique (Sydner, *«Soft law» e prassi istituzionale nella comunità europea*, in *Soc. dir.*, 1993, p. 79 ss.).

Mais il s'agit seulement, comme nous le disions, d'une apothéose. En effet, le rôle et l'importance juridique des règles de *soft law* ne méritent pas cette connotation de nouveauté qui semble émerger de nombreuses pages de la littérature juridique qui lui est dédiée.

En tournant son regard vers le secteur du droit privé, majoritairement intéressé par la globalisation (c'est-à-dire le droit contractuel), le principe de l'autonomie privée qui le gouverne a prétendu, déjà à la formation des codes modernes, l'articulation prédominante de normes dispositives, en laissant de l'espace à différentes prévisions des parties.

À tout ceci s'ajoute le rôle fondamental que revêt la clause générale de bonne foi dans toute procédure contractuelle, ainsi que les principes d'ordre public et de bonne mœurs, qui – encore une fois – laissent de l'espace aussi à des règles non instituées par des sources formelles. C'est dans ces espaces, en effet, que s'est toujours insinué le «droit souple», la *soft law*, sous forme de *standards* comportementaux, pratiques entrepreneuriales, codes de conduite généralement acceptés dans le secteur de référence et donc munis d'un degré élevé de persuasivité. Un procédé de pénétration dans le système juridique arbitré par la jurisprudence, théorique et pratique, qui a toujours puisé à la source de ces règles pour reconstruire les significations normatives de la discipline du contrat.

Dans le contexte actuel global et européen, au sein duquel s'est affirmé un modèle ordolibéral, le recours à des instruments de *soft law* devient une nécessité à laquelle il est impossible de renoncer; le déploiement des rapports économiques au-delà de toute barrière territoriale et l'affirmation en Europe d'un marché unique exigent des règles élastiques, en-dehors de la rigidité des systèmes juridiques nationaux et formulées selon un langage juridique «global». On enregistre, en ce sens, la circulation de modèles contractuels réalisés par les *law firms* américaines ou, au niveau européen, l'affirmation de «codifications doctrinales» (le dernier en date: le Draft Common Frame of Reference), comme les instruments optionnels capables de parler le langage «commun» des États membres (Somma, Soft law sed law*. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 437 ss.) .

La notion de juridicité de toutes ces règles est alors exprimée non tant dans la contrainte, mais par le niveau de *persuasivité*, d'effectivité, qui se traduit précisément dans la capacité d'être l'expression du consensus des catégories intéressées. Tant et si bien, que les modèles contractuels internationaux proviennent des cabinets juridiques qui assistent les opérateurs les plus significatifs (au niveau global) d'une certain secteur de marché; les codes de conduite reposent sur le consensus des destinataires et synthétisent les instances des *stakeholders*; les projets européens de codification sont le résultat du travail des juristes de tous les pays membres. En bref, le «droit souple» est un droit qui, tout en n'étant pas une expression de la souveraineté de statut (députée à organiser la société selon la méthode de la démocratie représentative), est un instrument de composition du conflit, avec la méthode de la démocratie participative, évidemment moins exposée à la désapprobation que les destinataires de la règle.

Cette phénoménologie a souvent été mise en regard – avec toutes les distinctions qui lui sont dues – de l'expérience tardo-médiévale de la *lex mercatoria*, elle aussi arrivée «du bas», conçue par d'intelligents marchands au moment du fort développement commercial et maritime, et correspondant trait pour trait à leurs exigences en termes de règles.

Somme toute, en évoquant à nouveau la distinction qui remonte à Savigny, aux côtés d'un droit produit «par le haut», il y a un droit qui émerge «du bas», mais tous deux contribuent à former le même droit sur le plan de l'effectivité, de la reconnaissance des sujets impliqués, c'est-à-dire de la séquence indivisible qui relie légalité, légitimité et efficacité.

Il en résulte que la théorie des sources du droit ne peut pas être séparée de la considération de la *soft law*; et ceci parce que cette théorie ne peut être explicitée séparément de la théorie de l'interprétation du droit. Les significations du droit, en effet, s'affirment dans l'effectivité et en ce sens la *soft law* – comme enseigné par la doctrine – ne peut que constituer «un profil interne à la manière d'être même du procédé interprétatif» (Lipari, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1207 ss.).

En définitive, dans le dense réseau des sources sont reconnaissables des trames *hard*, qui se caractérisent par un degré élevé de contrainte, et des trames *soft*, qui tout en n'ayant pas de caractère reliant, sont expressément reconnues par les destinataires comme des règles efficaces et donc valides pour influer également sur les «noyaux durs», en définissant – dans un rapport étroit d'interaction rendu possible par l'activité interprétative – leur sens et leurs significations. Par ailleurs, ceci n'est pas une nouveauté à l'intérieur du système: on connaît les illustres élaborations théoriques qui classifient les normes selon le degré de contrainte.

La règle de *soft law* remonte donc à une source *atypique*, parce qu'elle participe à la formation du droit en influant sur le système à travers l'activité herméneutique. Le propos sur les sources du droit doit alors être mené en clé interprétative et, selon cet angle de vue, droit «souple» et droit «rigide» coexistent dans l'unicité des significations juridiquement intéressantes, aptes tous deux à conformer la source. Avec ceci, on ne veut certes pas reconnaître à la jurisprudence le rôle de source du droit, mais sa typique fonction institutionnelle, celle de reconstruire les significations du droit selon une large perspective de la source à laquelle puiser, en considérant les règles *effectivement* juridiques, qui peuplent le réseau du système des sources.

En ces termes, le monopole et le contrôle de l'État sur le droit peuvent se considérer comme n'étant pas complètement abattus.

Papers

Ricerche giuridiche ISSN 2281-6100
Vol. 3 – Num. 1 – Giugno 2014

Note minime a margine delle recenti modifiche normative in tema di cambiali finanziarie

Riccardo Paganin
(Dottorando di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The article provides an overview of the Italian legal framework regulating the "cambiali finanziarie" (debt instruments similar to the commercial papers introduced under the UK and US legal system) as resulting from the reform occurred in 2012. Particular attention is reserved to the amendments made to the provisions concerning the issue and the transfer of the "cambiali finanziarie" with a special focus on the possibility of such instruments being issued under a dematerialisation regime (i.e., without being represented by a physical document).

1 Premessa: ragioni ed obiettivi dell'intervento riformatore

Con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito, con modifiche, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134) il legislatore ha novellato la disciplina in materia di cambiali finanziarie di cui alla l. 13 gennaio 1994, n. 43.

L'opera riformatrice che – per lo meno in termini quantitativi – si rivela di considerevole rilievo, si inserisce nel novero degli interventi vòlti a facilitare l'accesso delle imprese al credito non bancario mediante l'introduzione di strumenti finanziari che creino un contatto diretto tra il pubblico dei risparmiatori e le imprese attraverso il mercato dei capitali. Sotto un profilo più generale di politica del diritto, può facilmente intuirsi come questo fenomeno (comunemente noto come *disintermediazione creditizia*[1]) si prefigga l'obiettivo di fornire nuovi canali di finanziamento a quel ceto imprenditoriale, prevalentemente composto da piccole e medie imprese,

1 In materia si vedano, *ex multis*, Capo, L*e cambiali finanziarie*, in *La raccolta non bancaria del risparmio tra il pubblico*, a cura di Fauceglia, Torino, 1996, p. 134; Paracampo, *Le cambiali finanziarie nella legge 13 gennaio 1994 n. 43*, in *Riv. dir. imp.*, 1996, p. 179 e, più recentemente, Spagnuolo, L*a cambiale finanziaria tra forma cartolare e funzione finanziaria*, Torino, 2012, p. 1 ss.

che stenta ad adeguarsi ai mutamenti occorsi al sistema creditizio sempre più caratterizzato, per molteplici e differenziate ragioni, dalla scarsità degli apporti rinvenienti dalla fonti bancarie tradizionali[2].

In questo contesto, preso atto della scarsissima fortuna cui le cambiali finanziarie erano andate incontro fin dalla loro genesi, si è finalmente[3] deciso di porre in essere un intervento di rivitalizzazione dell'istituto che ponesse rimedio ai limiti che, nel corso degli anni, la dottrina aveva messo in luce[4] e, al contempo, rispondesse in modo efficace alle mutate istanze provenienti dal tessuto economico-imprenditoriale.

Le principali direttrici su cui si è concentrato l'intervento di riforma hanno pertanto inciso sugli aspetti che, in passato, erano stati indicati come i principali responsabili della mancata diffusione delle cambiali finanziarie prevedendo, in particolare: la modifica, in senso maggiormente permissivo, dei limiti minimi e massimi di durata, il riordino della disciplina che individua il novero di soggetti abilitati all'emissione, l'introduzione della possibilità di emettere i titoli anche in forma dematerializzata e il rafforzamento dei benefici fiscali[5].

La portata di tali modifiche, cui si darà brevemente conto nelle pagine che seguono, ha avuto un impatto così significativo sull'istituto in esame da riaccendere il dibattito sulla stessa natura giuridica di questo strumento[6]

2 La relazione di accompagnamento alla legge di conversione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 evidenzia a tal riguardo come «*l'introduzione della nuova regolamentazione Basilea III determin[i] un prolungato periodo di razionamento del credito all'economia*» e come, pertanto, si renda necessario «*aprire un circuito d'intermediazione diretto tra risparmio ed investimento per indirizzare stabilmente parte delle risorse raccolte a lungo termine [...] verso il sistema produttivo delle PMI nazionali*».

3 Giova ricordare che, prima della disciplina qui in commento, si erano registrati altri numerosi tentativi di riforma che, pur avendo ambizioni simili, si erano arenati molto prima di vedere la luce. Per una ricostruzione si veda, Briolini, *La nuova disciplina delle cambiali finanziarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 895, nt. 1.

4 Le critiche avanzate dagli studiosi sono molteplici e di diversa natura: alcuni (Giannelli A., *Strumenti finanziari e dematerializzazione*, in *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, a cura di Sfameni e Giannelli, Milano, 2013, p. 248) hanno posto l'accento sul trattamento fiscale cui erano soggetti gli strumenti, maggiormente oneroso rispetto ad altre forme tradizionali di investimento del risparmio quali i titoli del debito pubblico, altri (da ultimo, Urbani, *Le cambiali finanziarie nelle dinamiche del mercato*, Padova, 2013) hanno evidenziato come la ragione vada prima di tutto ricercata nella normativa di rango secondario che imponeva limiti gravosi all'emittente non quotato quale l'obbligo di procurarsi una garanzia per un importo almeno pari al 50% del valore dei titoli da emettere. Tali limiti andavano naturalmente a cumularsi a quelli strutturali derivanti dalla normativa primaria che prevedeva, tra l'altro, una scadenza minima di tre mesi e una necessaria materialità cartolare del titolo che rendeva estremamente difficoltoso l'accesso al mercati dei capitali.

5 Aspetto, quest'ultimo, che esula dall'ambito della presente trattazione.

6 Cfr. Masi, voce C*ambiale finanziaria*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1995, p. 7; Spada, *Dai titoli cambiari ai valori mobiliari (Suggestioni della «leggina» sulle cambiali finanziarie)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 500, e, a seguito della recente riforma, Urbani, *op. cit.*, p. 41 ss.

che – pur qualificandosi come “*cambiale*” e, in quanto tale, titolo di credito avente natura cartolare – presenta indubitabilmente alcune caratteristiche che lo avvicinano all’universo, dai confini più labili e complessi, dei titoli di massa.

D’altro canto, sotto il profilo della prassi applicativa, non può tacersi, invece, come, nonostante gli sforzi profusi da legislatore, il ricorso a questo strumento da parte degli operatori risulti ancor’oggi, a quasi due anni dall’entrata in vigore della riforma, abbastanza circoscritto.

2 Emissione, scadenza e circolazione

L’art. 1 della nuova disciplina in tema di cambiali finanziarie si apre enunciando che «*le cambiali finanziarie sono titoli di credito all’ordine emessi in serie ed aventi una scadenza non inferiore a un mese e non superiore a trentasei mesi dalla data di emissione*»[7].

Emerge qui la prima significativa novità del disegno riformatore, che è intervenuto sia sulla durata minima (abbassata da tre a un mese) sia sulla durata massima del prestito cambiario (elevata da dodici a trentasei mesi). Le modifiche in esame – frutto di aggiustamenti apportati anche in sede di conversione del decreto legge di riforma[8] – mirano con tutta evidenza a conferire una maggiore flessibilità allo strumento, ampliandone così le possibilità di utilizzo. Tale correzione recepisce le indicazioni provenienti dai numerosi disegni di legge precedenti[9], i quali non avevano mancato di rilevare come un ampliamento dei limiti minimi e massimi di durata del prestito cambiario avrebbe permesso agli operatori di utilizzare i titoli per far fronte ad esigenze di credito legate tanto al brevissimo quanto al medio-lungo termine, consentendo così alle cambiali di affiancarsi e/o sostituirsi, da un lato, agli affidamenti bancari tradizionali e, dall’altro, almeno parzialmente, alle tradizionali emissioni obbligazionarie.

7 Con riferimento alla durata, si ripropone il tema – già affrontato dalla dottrina nel vigore della precedente disciplina – di quali modalità di indicazione della data di scadenza previste dalla legge cambiaria (“a vista”, “a certo tempo vista”, “a certo tempo data” e “a giorno fisso”) siano compatibili con l’impianto normativo della cambiali finanziarie. A questo riguardo, data per scontata la legittimità della scadenza “a giorno fisso”, sembra che l’unica altra tipologia di scadenza ammissibile sia quella “a certo tempo data” (ovvero quella in cui la scadenza viene fissata ad un certo numero di giorni decorrenti dalla data di emissione) considerato che le altre tipologie di scadenza non appaiono compatibili con il divieto di raccolta di fondi a vista sancito dall’art. 11, co. 5, del d.lsg. 1 settembre 1993, n. 385 cc.d. Testo unico bancario (t.u.b.), la cui disciplina, come si vedrà a breve, è espressamente richiamata dalla legge in commento.

8 In particolare, in base al testo originario del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, la durata dei titoli doveva essere compresa in un intervallo temporale compreso tra uno e diciotto mesi, elevati poi trentasei solo in sede di conversione.

9 Per una ricostruzione del dibattito si rimanda a Briolini, *op. cit.*, p. 897 ss.

A quest'ultimo riguardo, è stato giustamente osservato[10] come oggi – per effetto delle intervenute modifiche – le cambiali finanziarie possano divenire, per taluni tipi di emissioni[11], un'alternativa al prestito obbligazionario. La scelta tra i due tipi di strumenti, peraltro, non è affatto neutrale sotto il profilo delle conseguenze giuridiche, atteso che le cambiali finanziarie sono soggette a una differente regolamentazione per quanto concerne i limiti quantitativi[12] (e temporali) all'emissione e non richiedono alcuna modifica sotto il profilo della *corporate governance societaria*[13].

Di contro, tuttavia, oltre ai già menzionati vincoli derivanti dalla durata massima dello strumento[14], le cambiali si rivelano molto meno duttili sotto

10 Cfr. Urbani, *op. cit.*, p. 54.

11 In particolare, per le emissioni aventi una durata fino a 36 mesi da parte di soggetti abilitati ad emettere sia cambiali finanziarie che obbligazioni tradizionali (cfr., in proposito, quanto detto *infra* nel testo al successivo par. 3).

12 L'individuazione dei limiti quantitativi relativi all'emissione di cambiali finanziarie sono da ricercarsi nella normativa secondaria e, in particolare, nelle *Istruzioni di Vigilanza per le banche* emesse dalla Banca d'Italia (tit. IX, cap. 2, sez. IV) e nella delibere del CICR del 19 luglio 2005 e del 22 febbraio 2006. La disciplina di dettaglio, estremamente diversificata a seconda dei soggetti, prende a riferimento il valore complessivo di tutti gli strumenti di raccolta, comunque denominati, emessi dall'emittente e delle garanzie da quest'ultimo rilasciate per simili emissioni effettuate da altri soggetti. L'importo così calcolato non può superare (i) per le s.p.a., le s.a.p.a. e le società cooperative il limite stabilito, per le obbligazioni, dall'art. 2412 c.c. (fatte salve le deroghe ivi previste) e (ii) per le s.r.l. e le cooperative assoggettate alla medesima disciplina, i limiti indicati, rispettivamente, agli artt. 2483 e 2526 c.c. (per un'efficace ricognizione in materia si veda Urbani, *op. cit.*, p. 77 ss. e quanto detto alla successiva nt. 39).

13 A questo proposito, non si è mancato di rilevare come l'assenza di organi societari aventi il precipuo compito di tutelare gli interessi dei prenditori di cambiali finanziarie (così come previsto in tema di obbligazioni) sollevi delicati problemi di tutela di questi soggetti atteso che, in questo modo, le uniche garanzie per gli stessi sarebbero rappresentate, oltre che dall'impianto normativo di riferimento, dall'attività di supervisione delle autorità preposte alla tutela del risparmio (cfr. Urbani, *op. cit.*, p. 54). In ogni caso, tali esigenze – senza dubbio apprezzabili sotto un profilo di giustizia sostanziale – non sembrano poter giustificare un'applicazione analogica delle disposizioni di cui agli artt. 2410 ss. c.c. che, d'altra parte, non trova alcun appiglio nel dato legislativo (in questo senso, Urbani, *op. cit.*, p. 79; Spano, A*ccettazioni bancarie*, in *Diz. dir. priv.* a cura di Irti, Milano, 1981, p.20; Fenghi, *Emissione di valori mobiliari e diritto all'informazione*, in *Riv soc.*, 1983, p. 494; *contra* Libonati, *Commento* sub. *art. 12 l. 23 marzo 1983*, n. 77, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 1984, p. 501 e Visentini, E*missione e collocamento di valori mobiliari*: *prime note di commento agli artt. 11-14 della legge 23 marzo 1983, n. 77*, in *Riv. soc.*, 1983, p. 889). Le considerazioni che precedono, tuttavia, non impediscono all'emittente di riconoscere, in via autonoma, una forma di rappresentanza organica ai prenditori di cambiali finanziarie sul modello di quella attribuita ai sottoscrittori di obbligazioni. Tale scelta, invero, potrebbe divenire piuttosto comune tra gli emittenti, posto che la parziale sovrapposizione venutasi a creare tra l'ambito di operatività delle cambiali finanziarie e quello delle obbligazioni tradizionali potrebbe favorire la diffusione di un siffatto modello.

14 Vincoli che, in ogni caso, potrebbero divenire meno stringenti laddove l'emittente si accordasse con i prenditori dello strumento per il rinnovo a scadenza, totale o parziale, del prestito cambiario (c.d. *roll-over*). A questo riguardo, giova precisare che, nel caso di rinnovo dei titoli

il profilo del riconoscimento di diritti di remunerazione, difettando di quegli ampi margini di autonomia che oggi l'ordinamento riconosce agli operatori nella strutturazione del prestito obbligazionario.

I due strumenti sembrano invece presentare un punto di contatto per quanto riguarda l'organo competente a deliberarne l'emissione poiché – sebbene la legge qui in esame sia silente sul punto – non pare potersi dubitare che, quantomeno nelle società per azioni[15], tale compito spetti, così come avviene per le obbligazioni, all'organo amministrativo[16].

Inoltre, sempre con riferimento all'emissione, risulta confermata anche all'esito della riforma la caratteristica secondo cui le cambiali finanziarie sono titoli «*emessi in serie*». Tale previsione implica che l'emissione di tali titoli debba considerarsi come "serie chiusa"[17] ovvero come un'operazione unitaria in cui l'importo complessivo finanziato viene predeterminato in misura fissa al momento del rilascio del titolo.

Tale principio subisce tuttavia una parziale deroga nei casi in cui l'emissione non comporti sollecitazione all'investimento e raccolta di risparmio tra il pubblico[18] ai sensi dell'art. 11 t.u.b., poiché, in tale circostanza, verrebbero meno i vincoli posti dalla normativa secondaria in materia[19].

Le considerazioni che precedono hanno indotto la dottrina[20] a parlare,

prima della relativa data di scadenza, si potrà procedere all'operazione solo laddove l'estensione del termine di durata (nel limite dei 36 mesi consentiti dalla legge) abbia ad oggetto la serie cambiaria nella sua interezza. Diversamente, infatti, verrebbe meno quel requisito di unitarietà ed omogeneità dei titoli che caratterizza le emissioni «in serie» (così Bassi, *Disciplina delle cambiali finanziarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p.82, sull'emissione «in serie» si rimanda a quanto detto *infra* nel testo dell'articolo).

15 Tale principio appare comunque estensibile a tutti i soggetti abilitati all'emissione di cambiali finanziarie avuto riguardo alla natura prettamente gestoria di quest'atto e al fatto che non trovano qui applicazione i vincoli imposti dalle norme in tema di obbligazioni (si veda, tuttavia, anche quanto detto alla successiva nt. 16).

16 Sembra tuttavia opportuno fare salva la possibilità per lo statuto di prevedere una deroga di tale competenza a favore dell'assemblea straordinaria.

17 Questa, per lo meno, l'opinione della maggior parte della dottrina (cfr. Capo, *op. cit.*, p. 151, Spagnuolo, *op. cit.*, p. 84 ss.) che risulta confermata anche dallo stesso art. 1 *bis*, co. 2, lett. *a*), che, in relazione alle cambiali finanziarie da emettersi in forma dematerializzata, richiede che l'emittente indichi «*l'ammontare totale dell'emissione*» (cfr., in proposito, quanto detto al successivo par. 6).

18 Così Spada, voce *Cambiale Finanziaria*, in *Enc. dir., Agg. I*, Milano, 1997, p. 84 e, più recentemente, Briolini, *op. cit.* p. 900, contrari, invece, Fauceglia, *La cambiale finanziaria tra le discipline del titolo di credito e del valore mobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 628 e Bassi, *Disciplina delle cambiali finanziarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 81.

19 Ci si riferisce, in particolare, alle *Istruzioni di Vigilanza* della Banca d'Italia che richiedono che le cambiali riportino «*l'ammontare complessivo dell'emissione di cui la cambiale fa parte*».

20 In questo senso Spada, *op. cit.*, p. 267 e, da ultimo, Urbani, *op. ult. cit.*, p. 50; *contra* Masi, *op. cit.*, p. 2 secondo cui i titoli emessi in sovra-emissione perderebbero automaticamente la

con riferimento alla cambiali finanziarie, di "serie chiusa in senso debole" e ad ipotizzare che siano astrattamente configurabili anche ipotesi di c.d. "sovra-emissione" – ovvero di emissione dei titoli per un importo eccedente l'ammontare predeterminato – nelle quali i titoli, pur essendo soggetti alla decadenza dai benefici fiscali loro garantiti dalla legge, manterrebbero ferma la propria natura cambiaria con conseguenze solo sul piano sanzionatorio per l'emittente in caso di mancato rispetto della normativa bancaria sulla raccolta del risparmio tra il pubblico (se applicabile)[21].

Più complessa appare invece la questione relativa al possibile inquadramento delle cambiali finanziarie tra i c.d. "titoli di massa". Se da un lato, infatti, questo strumento presenta indici tipicamente riconducibili ai titoli individuali – tra cui, primo fra tutti, il *nomen iuris*[22] e l'emissione come titoli all'ordine – non può tacersi di come altrettanto significative appaiono le caratteristiche generalmente proprie dei titoli di massa come, ad esempio, l'emissione seriale di tipo chiuso che, per sua stessa natura, comporta l'ingresso sul mercato di titoli aventi le medesime caratteristiche all'interno di ciascuna serie.

A tal proposito, occorre subito chiarire che la questione – largamente dibattuta tra gli studiosi[23] – non ha unicamente una natura classificatoria ma presenta conseguenze non trascurabili sul piano della disciplina applicabile in quanto, dalla qualificazione delle cambiali come "titoli di massa" discenderebbe, *inter alia*, la possibilità di riunire o frazionare i titoli in circolazione ai sensi dell'art. 2000 c.c.[24], la possibilità di riprodurre la firma sui titoli in modo meccanizzato (pel tramite dell'art. 2354, co. 4 c.c., dettato in tema di azioni ma ritenuto applicabile in modo estensivo ai

propria natura cambiaria. Più articolata invece la posizione di Caterino, *Le cambiali finanziarie tra anomalie genetiche e difficoltà sistematiche*, in *Riv. soc.*, 1996 p. 1216 ss. che ritiene ammissibile la sovra-emissione solo laddove essa comporti unicamente il mancato rispetto della normativa di cui all'art. 11 t.u.b. e non anche nel caso in cui vengano immessi in circolazione titoli per un importo superiore a quello deliberato.

21 Sulla possibilità di emettere cambiali finanziarie senza che queste ultime costituiscano una forma di «raccolta del risparmio tra il pubblico» ma semplice «raccolta del risparmio» cfr. quanto detto *infra*, nt. 43.

22 È la stessa legge sulle cambiali finanziarie a precisare (art. 1, co. 2) che esse «*sono equiparate ad ogni effetto di legge alle cambiali ordinarie*».

23 Favorevoli alla qualificazione delle cambiali come titoli di massa Capo, *op. cit.*, p. 150 ss. e Paracampo, *op. cit.*, p. 181; contrario, invece, Salamone, *La nozione di «strumento finanziario» tra unità e molteplicità*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 730, nt. 29.

24 Cfr., recentemente, Spagnuolo, *op. cit.*, p. 82 ss.

titoli di massa)[25] e – secondo alcuni[26] – la possibilità di applicare le norme sull'acquisto a titolo originario tra cui, *in primis*, l'usucapione[27].

In realtà, come è stato giustamente osservato[28], la distinzione tra titoli di massa e titoli individuali non opera in modo aprioristico ma deve essere necessariamente collocata nel contesto in cui lo strumento – e quindi, nel caso che ci occupa, la cambiale finanziaria – viene emesso e fatto circolare. Si potrà così parlare di "titolo di massa" ogniqualvolta tale cambiale venga in rilievo come frazione di una più vasta operazione di finanziamento, mentre occorrerà avere riguardo ai profili "individuali" dello strumento in tutti quei casi in cui si è chiamati a pronunciarsi sui diritti e sulle modalità di utilizzo del titolo che spettano al singolo prenditore.

Quanto alle modalità per la circolazione del titolo, l'art. 1, co. 2, della legge in discorso prevede che le cambiali finanziarie sono «girabili esclusivamente con la clausola "senza garanzia"»[29]. Tale previsione – che neutralizza il principio secondo cui il diritto di credito incorporato nel titolo si rafforza con la circolazione – dovrebbe facilitare la creazione di un mercato secondario rendendo meno oneroso (per il girante) il trasferimento del titolo[30].

25 Favorevoli Callegari, Cottino, Desana e Spatazza, *I titoli di credito*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2006, p. 334 e Spagnuolo, *op. cit.*, p. 86 ss.

26 La tesi, per la verità abbastanza isolata, è di Pellizzi, *Principi di diritto cartolare*, Padova, 1967, p. 26; *contra* Briolini, *op. cit.*, p. 901 e Id., I *vincoli sui titoli di credito*, Torino, 2002, pp. 167 e 229 ss.

27 In particolare, tale tesi prenderebbe le mosse dall'elevato grado di incorporazione che i diritti cartolari presentano nei titoli di massa per concludere che tali diritti, proprio in virtù della loro materializzazione, possono ritenersi soggetti alle norme sull'acquisto a titolo originario. L'interpretazione proposta non pare tuttavia estensibile anche alle cambiali finanziare, atteso che queste ultime, come si avrà modo di illustrare a breve, possono essere emesse anche in forma dematerializzata e, sotto un profilo più generale, non appaiono assimilabili *tout court* ai titoli di credito tradizionalmente intesi.

28 Così Spada, *Dai titoli cambiari ai valori mobiliari (Suggestioni della «leggina» sulle cambiali finanziarie)*, cit., p. 507 e Id., C*ambiale finanziaria*, cit., pp. 267 e 270, nonché, dopo la riforma in commento, Callegari, voce *Cambiale finanziaria*, in *Dig. Online*, Torino, 2013 e Urbani, *op. cit.*, p. 49.

29 La norma assume, con tutta evidenza, carattere imperativo. Sulle conseguenze di una girata avente caratteristiche diverse da quelle prescritte si veda Urbani, *op. cit.*, p. 95.

30 In questo senso Anello-Rizzini Bisinelli, Commercial paper *e cambiali finanziarie dopo la Legge n. 43/1994*, in *Società*, 1994, p. 321; *contra* Spada, *Dai titoli cambiari,* cit., p. 506 e Id., C*ambiale finanziaria*, cit., p. 269 secondo cui, invece, l'eliminazione della clausola di garanzia rischia di minare la fiducia del mercato sulla solidità dell'emittente.

3 Profili soggettivi dell'emittente e del prenditore

Il riordino del novero soggetti abilitati all'emissione di cambiali finanziarie costituisce uno degli aspetti di maggiore interesse della novella, che vi dedica gran parte dell'art. 1 della l. n. 43/1994 (commi da 2-*bis* a 2-*sexies* nel nuovo testo normativo).

A tal proposito, occorre subito premettere che le attuali disposizioni – pur non distinguendosi per linearità ed immediatezza – appaiono certamente migliorative della legge previgente la quale, a fronte di una semplicità che sembrava non implicare limiti di sorta, lasciava all'interprete il difficile compito di individuare i limiti, indirettamente richiamati, contenuti nella normativa secondaria[31].

Infatti, l'art 3 (oggi abrogato) della legge previgente, nell'ambito di alcune previsioni aventi natura fiscale, si riferiva in modo generico a «*le società, gli enti e le imprese che emettono cambiali finanziarie*» lasciando così intendere, *prima facie*, che non vi fossero restrizioni particolari all'emissione[32]. Tali limiti, tuttavia, discendevano *de relato* dalla disposizione di cui all'art. 1, co. 3, della stessa legge (tutt'ora vigente) che laconicamente prevedeva (e prevede) che «*l'emissione di cambiali finanziarie costituisce raccolta del risparmio ai sensi dell'articolo 11*» t.u.b. Per effetto di tale richiamo, infatti, venivano in rilievo i criteri dettati dalle delibere del CICR[33], che, su delega della stessa legge, individuava i soggetti, ulteriori rispetto alle banche, abilitati alla raccolta del risparmio tra il pubblico[34].

31 Tale tecnica normativa rispondeva in realtà ad una precisa (e per certi versi condivisibile) scelta del legislatore che, per evitare antinomie con una legislazione dal carattere estremamente tecnico e mutevole come quella bancaria, aveva preferito lasciare all'interprete il (difficile) compito di assicurare coerenza all'intero sistema normativo di riferimento.

32 In questi senso Paracampo, *op. cit.*, p. 190 ss., la quale ipotizza perfino che il richiamo agli enti possa intendersi riferito anche agli enti pubblici economici.

33 Segnatamente, prima la delibera CICR del 3 marzo 1994 e, in seguito, la delibera CICR del 19 luglio 2005.

34 In particolare, ai sensi della citata delibera del 3 marzo 1994, l'emissione di cambiali finanziarie era concessa solo «alle società e agli enti con titoli negoziati in un mercato regolamentato» nonché – a determinate condizioni – alle società che negli ultimi tre esercizi avessero avuto bilanci in utile e, in ogni caso, «temporaneamente preclusa alle banche». In seguito, con la citata delibera del 19 luglio 2005 e le *Istruzioni di Vigilanza* della Banca d'Italia, fermo il divieto già operante per le banche, si era consentita l'emissione alle sole società di capitali e alle cooperative anche se – secondo un'opinione diffusamente condivisa (*ex multis* Spada, *Dai titoli cambiari*, cit., p. 504 ss.) – tali limiti non sussistevano nel caso in cui le cambiali finanziarie costituissero forme di raccolta del risparmio non effettuate tra il pubblico (si parlava, in proposito, di c.d. raccolta privata tramite cambiali finanziarie, cfr. successiva nt. 43). Per un'attenta disamina della nozione di raccolta «*tra il pubblico*» si rinvia a Volpe, *L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività finanziaria*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 2000, I, p. 643 ss. e, con specifico riferimento alle cambiali finanziarie, Urbani, *op. cit.*, p. 102 ss.

Oggi il nuovo testo normativo supera la necessità di tale rinvio, riconoscendo espressamente la possibilità di emettere cambiali finanziarie a tutte le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici[35] diverse dalle banche[36] e dalle c.d. micro-imprese (come definite dalla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003)[37].

Gli adempimenti richiesti al fine di procedere all'emissione sono tuttavia diversi a seconda che tali soggetti abbiano o meno «*titoli rappresentativi del capitale negoziati in mercati regolamentati o non regolamentati*»[38].

In particolare, i soggetti il cui capitale è escluso dalla negoziazione nelle forme sopra citate[39], sono sottoposti ad un regime procedimentale più arti-

35 Incidentalmente si osserva come tale elencazione non si discosti nella sostanza da quella in precedenza delineata dalla normativa secondaria e, segnatamente, dalla delibera del CICR del 19 luglio 2005.

36 Viene così elevato al rango di norma primaria (e reso definitivo) il divieto in origine previsto in via temporanea dalla delibera del CICR del 3 marzo 1994 e giustificato, all'epoca, dalla necessità di procedere al riordino della normativa fiscale sulle rendite finanziarie. Tale scelta si spiega, verosimilmente, alla luce del fatto che le esigenze di finanziamento che le cambiali finanziarie mirano a soddisfare – legate al breve/medio-lungo periodo – risultano tendenzialmente inadeguate alle necessità dei soggetti bancari che, dal canto loro, possono utilizzare lo strumento obbligazionario con minori vincoli rispetto ai soggetti non bancari (non essendo soggetti ai limiti quantitativi di cui all'art. 2412 c.c. e non avendo l'obbligo di costituire, a seguito dell'emissione, organi corporativi a tutela degli obbligazionisti) e, pertanto, potrebbero trarre minor beneficio dall'emissione di cambiali finanziarie.

37 Ai sensi di tale raccomandazione si definisce micro-impresa «*un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di Euro*». La *ratio* di tale previsione risponde, probabilmente, a logiche di tutela dell'investitore, volte a precludere l'accesso allo strumento a quei soggetti aventi una dimensione operativa piuttosto contenuta che, in quanto tali, sono più sensibili alle fluttuazioni del mercato e, in prima approssimazione, meno solidi. Tale politica legislativa, tuttavia – da leggersi congiuntamente con la scelta di precludere l'emissione di cambiali finanziarie alle società di persone – non appare perfettamente in linea con le dichiarate finalità del progetto di riforma posto che rischia di impedire l'utilizzo dello strumento ad una consistente porzione del tessuto delle piccole-medie imprese italiane, anche laddove costituite nella forma della società di capitali (così, Spagnuolo, *La cambiale finanziaria tra forma cartolare e funzione finanziaria*, Torino, 2012, p. 132 e Briolini, *op. cit.*, p. 905 ss.).

38 Per "mercati regolamentati" devono intendersi tutti quei mercati iscritti nell'apposito elenco contenuto dalla CONSOB a norma degli artt. 63 ss. del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. Testo unico dell'intermediazione finanziaria, t.u.f.). La locuzione "mercati non regolamentati" non è invece formalmente corretta in quanto – per l'effetto delle modifiche apportate al t.u.f. in sede di recepimento della c.d. direttiva MiFID (direttiva 2004/39/CE) – tale nozione è stata oggi sostituita da quella di "sistemi di negoziazione diversi dai mercati regolamentati" (artt. 77-*bis* ss. t.u.f.). La precisazione non è di poco rilievo atteso che, nella nuova formulazione, possono essere ricomprese anche modalità di negoziazione dei titoli con un elevato grado di semplificazione quali quelle che avvengono nei «sistemi multilaterali di negoziazione» o tramite «internalizzatori sistematici» che, ai fini dell'applicazione della legge in commento, possono dunque considerarsi sufficienti per consentire all'emittente delle cambiali finanziarie di avvalersi del procedimento di emissione meno oneroso.

39 In tale categoria sono necessariamente ricomprese tutte le società a responsabilità limitata nonché tutte le società cooperative e le mutue assicuratrici cui siano applicabili le norme

colato ed oneroso descritto dall'art. 1, co. 2-*bis*, che prevede: (i) l'assistenza di un intermediario abilitato (c.d.*sponsor*) per procedere all'emissione (lett. *a)*); (ii) l'obbligo per lo *sponsor* di mantenere in portafoglio una certa percentuale delle cambiali finanziarie emesse (lett. *b)*); (iii) l'obbligo per l'emittente di far certificare il proprio bilancio da parte di un revisore o di una società di revisione (lett. *c)*); (iv) limiti alla circolazione delle cambiali finanziarie che possono circolare solo tra investitori professionali (lett. *d)*)[40].

Gli adempimenti di cui sopra, dei quali si darà conto nel prosieguo, dovrebbero – nelle intenzioni del legislatore – assicurare che l'emittente di cambiali finanziarie presenti caratteristiche di solidità patrimoniale e trasparenza adeguate all'accesso al mercato dei capitali e, al contempo, garantire che il suo finanziamento avvenga ad opera di soggetti che possono autonomamente valutare il rischio di investimento[41] correlato.

Tale esigenza non sussisterebbe, invece, rispetto a soggetti che hanno titoli già ammessi alla negoziazione sull'assunto che questi ultimi sono già sottoposti ad obblighi di comunicazione e controllo che, di per sé, dovrebbero garantire un soddisfacente livello di *disclosure* nei confronti nel mercato[42]. In questo caso, pertanto, vengono meno quelle finalità di tutela dei risparmiatori che portano a limitare la circolazione delle cambiali finanziarie ai soli investitori professionali di talché si può ritenere che, in assenza di previsioni di segno contrario, tali titoli possano essere emessi e circolare senza limitazioni, fermi i limiti derivanti dal fatto che tali strumenti – a norma del già richiamato art. 1, co. 3, della legge in commento – costituiscono pur sempre raccolta del risparmio ai sensi dell'art. 11 t.u.b.[43].

di cui agli artt. 2462 ss. c.c. in quanto i titoli rappresentativi del capitale di tali soggetti non possono – per definizione – formare oggetto di negoziazione nei mercati. Vi rientrano, inoltre, tutte le altre società (s.p.a., s.a.p.a., società cooperative e mutue assicuratrici assoggettate alla medesima disciplina) che, nel caso di specie, non abbiano titoli ammessi in un mercato (regolamentato o non regolamentato nell'accezione di cui sopra).

40 Il legislatore utilizza qui una terminologia, quale quella di "investitori professionali" che risulta ormai superata a seguito del recepimento nel nostro ordinamento della terminologia di derivazione comunitaria utilizzata dalla MiFID che preferisce utilizzare la nozione di "investitore qualificato".

41 Tale scelta risponde, peraltro, a logiche di politica legislativa ormai consolidate nel diritto dei mercati finanziari che trovano riscontro, pur con alcune differenze, anche nella disciplina della circolazione dei titoli di debito emessi dalle s.r.l. di cui all'art. 2483, co. 2 c.c. A questo proposito, giova evidenziare che – al fine di evitare che l'autonomia di giudizio dell'investitore professionale possa essere pregiudicata dalla sussistenza di particolari rapporti di partecipazione – si prevede che i titoli emessi non possano essere girati a soggetti che siano, direttamente o indirettamente, soci dell'emittente e che il collocamento presso soggetti in rapporto di controllo con lo *sponsor* avvenga in conformità con le disposizioni per la gestione dei conflitti di interesse.

42 Tale scelta, in astratto condivisibile, rischia tuttavia di rivelarsi poco efficace nei confronti di quei soggetti aventi strumenti quotati in taluni "sistemi di negoziazione diversi dai mercati regolamentati" che, ad oggi, non offrono garanzie paragonabili a quelle dei mercati regolamentati.

43 Il fatto che la legge n. 43/1994 faccia riferimento unicamente al concetto di «raccolta del

4 (segue) Identità, ruolo e compiti dello *sponsor*

Come è stato sopra evidenziato, nel nuovo impianto normativo assume un ruolo centrale la figura dello *sponsor*: l'intervento di tale soggetto è, infatti, obbligatorio nei casi in cui l'emittente sia una società avente titoli di capitale non quotati ma nulla esclude che esso possa intervenire, in via facoltativa[44], anche nelle emissioni di cambiali realizzate da soggetti aventi titoli negoziati.

È la stessa legge a prevedere che tale ruolo possa essere ricoperto da un ampio novero di intermediari tra cui le banche[45], le imprese di investimento[46], le SGR, le società di gestione armonizzate[47] e le SICAV purché (in tutti i casi) esse abbiano almeno una succursale stabilita nel territorio italiano[48].

Come anticipato, lo *sponsor* ha il compito di assistere l'emittente non solo nella fase iniziale dell'emissione ma lungo tutta la durata del prestito facilitando, da un lato, l'accesso al mercato dei capitali da parte del soggetto finanziato[49] e, dall'altro, svolgendo un importante ruolo di garanzia nei confronti

risparmio» e non a quello, più ristretto, di «raccolta del risparmio tra il pubblico» lascia aperta la possibilità – già esplorata dalla dottrina prima della riforma in commento – di procedere ad emissioni di cambiali finanziarie tramite raccolta privata (cfr. sul punto anche nt. 34). In tale circostanza, peraltro, non troverebbero applicazioni i limiti quantitativi all'emissione di cambiali finanziarie promananti dalla normativa secondaria (e, segnatamente, dalle già richiamate *Istruzioni di Vigilanza* dalla Banca d'Italia e dalla delibera del CICR del 19 luglio 2005; cfr. *supra*, nt. 12) atteso che questi ultimi rilevano solo nei confronti delle operazioni di raccolta «tra il pubblico». Al contrario, rimarrebbero fermi i vincoli procedimentali posti dalla legge n. 43/1994 in relazione ai soggetti non aventi titoli rappresentativi del capitale negoziati in mercati (regolamentati e non).

44 Tale seconda possibilità appare in verità tutt'altro che remota atteso che l'emissione e il collocamento di cambiali finanziarie richiedono competenze tecniche di cui l'emittente difficilmente può disporre, specie nel caso in cui il soggetto finanziato sia una piccola-media impresa.

45 Per completezza si osserva come, in questo modo, le banche, operando da *sponsor*, mantengano un ruolo nell'ambito del trasferimento del credito alle imprese operando però, per effetto della disintermediazione finanziaria, non più in qualità di *lender* ma di consulente del soggetto debitore.

46 Tale nozione ricomprende, a norma dell'art. 1, co. 1, lett *h)*, t.u.f., le SIM e le imprese di investimento comunitarie ed extracomunitarie.

47 Tale nozione ricomprende, a norma dell'art. 1, co. 1, lett o-*bis)*, t.u.f., le società con sede legale e direzione generale in uno Stato membro diverso dall'Italia ma ivi autorizzata alla prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio.

48 La necessaria presenza di questo requisito impedisce agli intermediari di agire quale *sponsor* in regime di libera prestazione di servizi. La limitazione suscita tuttavia qualche perplessità in quanto non appare compatibile con la normativa comunitaria che, al contrario, espressamente ricomprende tale servizio di investimento tra quelli ammessi al mutuo riconoscimento (così Urbani, *op. cit.*, p. 130).

49 La stessa relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 83/2012 parla in proposito di «avvicinare con maggiore facilità la PMI italiana al mercato del debito e agli investitori esteri».

degli investitori e del mercato[50]. Con particolare riferimento a questo ultimo profilo, la legge (art. 1, co. 2-*bis*) infatti richiede allo sponsor di (i) mantenere in portafoglio fino a scadenza una percentuale minima dei titoli emessi che decresce con l'aumentare del valore complessivo dell'emissione[51]; (ii) informare il mercato qualora l'ammontare di cambiali finanziarie emesse superi il valore dell'attivo corrente come rilevabile dall'ultimo bilancio approvato e (iii) classificare il merito di credito dell'emittente avendo riguardo anche alla solidità delle garanzie che eventualmente assistono l'emissione.

L'obbligo di mantenere in portafoglio una parte delle cambiali emesse[52] risponde all'esigenza, particolarmente sentita dal legislatore, di trasmettere un segnale di fiducia al mercato responsabilizzando lo *sponsor* il quale – assumendo su di sé una parte del rischio legato all'emissione – dovrebbe al contempo dare maggior credibilità alla propria valutazione sul merito di credito dell'emittente.

Tale *ratio legis* risulta ulteriormente confermata dall'esenzione prevista dal successivo co. 2-*quinquies* che prevede lo *sponsor* non sia più tenuto al mantenimento dei titoli in portafoglio[53] qualora l'emissione sia assistita, in misura non inferiore al 25% del proprio valore, da garanzie prestate da soggetti[54] aventi particolari requisiti di solidità patrimoniale[55]: è evidente, infatti, che – in quest'ultimo caso – la presenza di garanzie rilasciate da soggetti ritenuti tradizionalmente solvibili viene considerata un sufficiente segnale di affidabilità dell'emittente.

50 Anche in questo caso – come spesso accade nel contesto dell'intermediazione finanziaria – il corretto assolvimento dei compiti che la legge affida allo *sponsor* passa quindi necessariamente attraverso una corretta gestione dei conflitti di interesse.

51 In particolare, (1) il 5% del valore di emissione dei titoli per le emissioni fino a 5 milioni di Euro, (2) il 3% del valore di emissione dei titoli eccedente 5 milioni di Euro, fino a 10 milioni di Euro, in aggiunta alla quota risultante dall'applicazione della percentuale di cui al numero (1); (3) il 2% del valore di emissione dei titoli eccedente 10 milioni di euro, in aggiunta alla quota risultante dall'applicazione delle percentuali di cui ai numeri (1) e (2).

52 Come anticipato, l'obbligo permane fino alla «*naturale scadenza del titolo*». Tuttavia, avuto riguardo alla sopra citata funzione *latu sensu* di garanzia che tale obbligo riveste nei confronti del mercato, deve ritenersi che la prescrizione trovi applicazione anche nel caso di intervenuta proroga della durata del prestito cambiario (così Briolini, *op. cit.*, p. 911, nt. 80).

53 Stante il silenzio del legislatore, devono ritenersi invece fermi tutti gli altri compiti che la legge attribuisce allo *sponsor* tra cui, ad esempio, i già citati obblighi di informazione nei confronti del mercato e di valutazione del merito creditizio.

54 Per effetto della normativa di carattere secondario – e, segnatamente, della delibera del CICR del 19 luglio 2005 e delle *Istruzioni di Vigilanza per le Banche* (titolo IX , cap. 2, par. 3) – l'identità del garante e l'ammontare della garanzia devono essere indicati sul titolo e sui registri ad esso relativi. Chiaramente, per le ragioni già esaminate (cfr. *supra*, nt. 43), la prescrizione non si applica nei casi in cui l'emissione di cambiale non costituisca raccolta del risparmio tra il pubblico.

55 In particolare, la norma parla di banche, imprese di investimento o di consorzi di garanzia collettivi dei fidi (in relazione alla cambiali emesse da società aderenti al consorzio).

Il secondo compito assegnato allo *sponsor* si concretizza, come accennato, in un dovere informativo nei confronti del mercato qualora l'ammontare delle cambiali finanziarie emesse superi il totale dell'attivo corrente[56] risultante dall'ultimo bilancio approvato. A riguardo, non si può tacere come le finalità di tutela alla base di tale obbligo – di per sé piuttosto insolito – non appaiono del tutto chiare anche se, verosimilmente, devono essere individuate nella volontà di comunicare al mercato il raggiungimento di una soglia sensibile per il mantenimento dell'equilibrio finanziario dell'emittente.

Tuttavia, come è stato giustamente osservato[57], permangono delle perplessità sull'utilità che un simile dato può avere per gli investitori professionali – ovvero gli unici soggetti che possono rendersi prenditori delle cambiali finanziarie a cui si applica la disciplina *de qua* – posto che questi ultimi assumono di prassi le proprie decisioni di investimento sulla base di valutazioni molto più sofisticate.

Di contro, non vi è dubbio che l'assolvimento di tale onere aggravi ulteriormente l'incarico dello *sponsor* e finisca in modo inevitabile per incrementare i costi dell'operazione tradendo così la scelta di politica legislativa alla base delle legge in commento che, è bene ricordarlo, si pone l'obiettivo di offrire un'alternativa a basso costo al finanziamento bancario a beneficio di società strutturalmente poco inclini a relazionarsi col mercato dei capitali.

A tal proposito, è opportuno altresì rilevare come la legge non contenga alcuna indicazione circa i modi e i termini con cui lo *sponsor* è chiamato ad adempiere a tale obbligo di informazione, lasciando così allo stesso un certo margine di discrezionalità. In ogni caso, al fine di non svuotare la previsione di ogni significato, deve ritenersi che la comunicazione debba essere effettuata in modo tempestivo e con strumenti tali da assicurare la più ampia diffusione nel mercato di riferimento.

A completamento dei doveri di informativa nei confronti del mercato, si prevede che lo *sponsor* debba classificare l'emittente al momento dell'emissione[58] esprimendo un giudizio sintetico sulla sua qualità creditizia

56 La legge specifica in proposito che «per attivo corrente si intende l'importo delle attività in bilancio con scadenza entro l'anno dalla data di riferimento del bilancio stesso» e che «nel caso in cui l'emittente sia tenuto alla redazione del bilancio consolidato o sia controllato da una società o da un ente a ciò tenuto, può essere considerato l'ammontare rilevabile dall'ultimo bilancio consolidato approvato». La precisazione non è superflua atteso che la nozione di "attivo corrente" è propria della prassi contabile (principi IAS/IFRS e, in ambito domestico, OIC) e non rientra tra le voci di bilancio di cui all'art. 2424 c.c. Cfr.,Urbani, *op. cit.*, p. 133 ss. e, più in generale, De Angelis, *Elementi di diritto contabile*, Milano, 2013, p. 121 ss.

57 Cfr. Briolini, *op. cit.*, p. 913.

58 Il testo normativo lascia intendere che lo *sponsor* non abbia altresì l'obbligo di aggiornare il giudizio espresso nel caso in cui la situazione finanziaria dell'emittente subisca dei cambiamenti rispetto al momento in cui la valutazione viene effettuate. Pertanto, l'unico obbligo informativo che permane in capo allo *sponsor* per tutta la durata del prestito è quello attinente al già esaminato rapporto tra valore delle cambiali in circolazione e attivo corrente.

(ottima, buona, soddisfacente, scarsa e negativa) che tenga conto anche dell'affidabilità delle garanzie che eventualmente assistono l'emissione (queste ultime distinte in tre livelli: elevata, normale o bassa)[59]. Inoltre, sempre in un'ottica di maggior responsabilizzazione dello *sponsor* e di informativa più trasparente, si prevede che quest'ultimo debba fornire al pubblico anche una descrizione della classificazione adottata[60].

È sufficiente questa breve disamina delle competenze e delle responsabilità affidate dalla legge allo *sponsor* per intuire come la fortuna e la (possibile) diffusione delle cambiali finanziarie – entrambe ancora, in buona parte, di là da venire – dipenderanno in larga misura proprio dalla capacità degli intermediari finanziari di promuoverne l'uso presso gli operatori industriali e, soprattutto, dalla loro disponibilità a farsi carico di un ruolo estremamente delicato per i molteplici (e potenzialmente molto diffusi) profili di responsabilità connessi[61].

Da ultimo, corre l'obbligo di segnalare come, tra i soggetti privi di titoli rappresentativi di capitale quotati, ve ne siano alcuni che possono procedere all'emissione di cambiali finanziarie senza avvalersi dello *sponsor*. Infatti, a norma dell'art. 1, co. 2-*quater*, le società diverse dalle piccole-medie imprese (come definite dalla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione[62]) «*possono rinunciare*[63] *alla nomina dello sponsor*».

59 Il modello preso a riferimento dal legislatore è chiaramente quello delle agenzie di *rating*, ciò che è più interessante, tuttavia, è notare come questa scelta si riveli in controtendenza rispetto ad un'opinione, che va consolidandosi, tesa al ridimensionamento del ruolo che tali soggetti rivestono nelle dinamiche del mercato finanziario (cfr., *ex multis*, Vella, *Il* rating: *alla ricerca di una «terza via»*, in *Analisi giur. econ.*, 2012, p. 326 ss. e Lener – Rescigno, *Agenzie di rating e conflitto di interesse: sintomi e cure*, in *Analisi giur. econ.*, 2012, p. 353 ss.).

60 Sotto questo profilo la norma primaria non specifica, come comprensibile, cosa debba intendersi per «descrizione della classificazione adottata», tuttavia pare verosimile ritenere che – così come accade per le agenzie di *rating* – lo *sponsor* sia tenuto a rendere noti (auspicabilmente in coordinamento con gli altri operatori) i parametri che l'emittente deve possedere al fine di ottenere ciascun tipo di classificazione (c.d. *notch*).

61 Come già osservato, infatti, lo *sponsor* presta la propria opera a beneficio sia dell'emittente, che usufruisce di un vero e proprio servizio di investimento, sia del mercato e, quindi, della collettività degli investitori (qualificati e anche non qualificati nel caso in cui si versi in una delle ipotesi di assistenza non obbligatoria) i quali fanno affidamento sul corretto assolvimento degli obblighi informativi e di segnalazione ad esso affidati. Vengono, pertanto, qui in rilievo sia i profili di responsabilità tipicamente associati alla prestazione di servizi di investimento sia quelli – ancor più delicati e complessi – legati all'operato delle agenzie di *rating* e, più in generale, degli organismi aventi un ruolo di vigilanza e garanzia. Per un primo inquadramento si rimanda a Urbani, *op. cit.*, p. 138 ss. e alla dottrina *ivi* citata.

62 Ai sensi di tale provvedimento, sono considerate piccole-medie imprese le imprese con meno di 250 occupati e con un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro o, in alternativa, con un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro.

63 Il fatto che la norma parli espressamente di facoltà di rinuncia ha portato ad ipotizzare che l'emittente, per avvalersi della deroga, sia tenuto ad assumere un'apposita determinazione. Ta-

Tale esenzione[64] ha sollevato non poche critiche tra i primi commentatori[65] anzitutto sotto il profilo della formulazione. La norma, infatti, dichiara di derogare espressamente solo agli obblighi di cui al co. 2-*bis*, lett. *a)* e *b)* – *i.e.*, dall'obbligo per l'emittente di nominare lo *sponsor* e, per quest'ultimo, di detenere una parte dei titoli in portafoglio fino a scadenza – e, pertanto, sembra implicitamente richiedere che lo *sponsor* debba comunque assolvere i propri compiti di segnalazione (ovvero l'obbligo di segnalare al mercato che l'attivo corrente di bilancio è inferiore al valore del prestito nonché l'obbligo di classificare l'emittente).

L'interpretazione proposta – invero l'unica plausibile da un punto di vista letterale – si traduce tuttavia in una contraddizione della medesima disposizione in commento atteso che, ai fini dell'espletamento dei suddetti compiti, l'emittente si troverebbe comunque obbligato ad avvalersi di uno *sponsor* (pur se per un ambito operativo più ridotto).

In secondo luogo, non ci si può esimere, una volta di più, dal rilevare come tale esenzione finisca per penalizzare ulteriormente le piccole-medie imprese che, stando alle parole dello stesso legislatore, dovrebbero essere le prime beneficiarie dell'intervento riformatore in analisi.

5 La certificazione del bilancio per i soggetti non quotati

Oltre ai già menzionati vincoli, vi è un ulteriore requisito che deve essere rispettato dagli emittenti non aventi titoli di capitale quotati: infatti, ai sensi dell'art. 1, co. 2-*bis*, lett. *c)*, si richiede che l'ultimo bilancio relativo a tali soggetti debba essere «*certificato da un revisore contabile o da una società di revisione iscritta nel registro dei revisori contabili*[66]».

le interpretazione, tuttavia, pur se accettabile sotto un profilo letterale, appare eccessivamente formalistica e rigorosa, atteso che il dettato normativo va inteso, più semplicemente, come una vera e propria esenzione dall'obbligo di nomina (sul punto cfr. Spagnuolo, *op. cit.*, p. 146).

64 Da leggersi congiuntamente alla già richiamata esenzione, a beneficio dello *sponsor*, dall'obbligo di detenere una parte dei titoli in portafoglio nel caso in cui questi ultimi siano assistiti da particolari garanzie (cfr. *supra* nel testo).

65 Cfr. soprattutto Briolini, *op. cit.*, p. 910, ma anche Urbani, *op. cit.*, p. 151.

66 Anche con riferimento a questa previsione, è stato osservato (cfr. Briolini, *op. cit.*, p. 914 e Urbani, *op. cit.*, p. 146) come il legislatore si sia dimostrato poco preciso nelle scelte terminologiche facendo riferimento a denominazioni (in particolare, "revisore contabile") e concetti (quale quello di "certificazione del bilancio") ormai superati nella normativa di riferimento. Infatti, con l'entrata in vigore del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, la denominazione di "revisore contabile" è stata abbandonata e sostituita da "revisore legale dei conti" mentre il compito attribuito a quest'ultimo – inizialmente qualificato come "certificazione del bilancio" della società sottoposta a revisione – è stato meglio precisato, al fine di evitare pericolosi fraintendimenti, mediante la richiesta di «esprim[ere] con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto» (cfr. art. 14, co. 1, lett. *a)*, del citato decreto).

La norma in esame non chiarisce se il bilancio oggetto di revisione debba necessariamente essere costituito dal bilancio di esercizio o se, ad esempio, possa essere sufficiente anche un bilancio infrannuale predisposto, ed approvato, proprio ai fini dell'emissione. Nel silenzio del dato legislativo, tale ultima soluzione si lascia preferire considerato che anche un bilancio infrannuale appare idoneo a soddisfare le esigenze informative e di tutela degli investitori che la legge in esame intende tutelare, a condizione che, beninteso, si tratti di un bilancio completo di tutti i suoi elementi costitutivi e sottoposto al vaglio esterno del revisore[67].

Infine, la legge (art. 1, co. 2-*sexies*) prevede anche un'ipotesi di esonero dall'obbligo di revisione[68] che, tuttavia, deve ritenersi oggi non più efficace in quanto operante esclusivamente nei diciotto mesi successivi all'entrata in vigore del provvedimento (*i.e.*, fino al 26 febbraio 2014).

6 L'emissione in forma dematerializzata e la natura cambiaria del titolo

Al fine di incentivare e facilitarne ulteriormente la diffusione, rimuovendo così uno dei principali ostacoli che avevano caratterizzato il quadro preriforma, il legislatore prevede ora espressamente che «*le cambiali finanziarie possano essere emesse anche in forma dematerializzata*».

È stato acutamente osservato[69] che tale possibilità non era di per sé preclusa dalla normativa applicabile ai titoli soggetti alla «gestione accentrata in regime di dematerializzazione» ai sensi del t.u.f. (nonchè dalle relative disposizioni attuative di carattere secondario) risultando, tuttavia, difficilmente ipotizzabile proprio in ragione della natura cambiaria del titolo che imponeva una necessaria concretizzazione materiale nella *chartula*[70].

Oggi, invece, per effetto della novella, deve ritenersi pacificamente ammessa la possibilità di fare ricorso alla dematerializzazione dei titoli cambiari sia *ab origine*, ovvero al momento dell'emissione, sia in un momento successivo, ovvero assoggettando al regime della dematerializzazione titoli

67 La soluzione proposta risulta peraltro coerente con la prassi normalmente accettata in tema di emissioni obbligazionarie.

68 È interessante, tuttavia, osservare come tale esenzione si fondi sui medesimi principi – *i.e.*, presenza di garanzie particolarmente qualificate a servizio dell'emissione – che consentono allo *sponsor* di essere esonerato dall'obbligo di mantenere in portafoglio le cambiali per tutta la durata del prestito con l'unica, significativa, differenza che in quest'ultimo caso le garanzie devono coprire almeno il 50% dell'importo del prestito.

69 Cfr. Briolini, *op. cit.*, p. 923 ss.

70 Tale interpretazione viene indirettamente confermata da quella dottrina (Masi, *op. cit.*, p. 3) che, prima dell'intervento riformatore, aveva ipotizzato una possibile dematerializzazione delle cambiali finanziarie solo a seguito di una espressa legittimazione normativa.

inizialmente emessi in forma cartolare[71]. In particolare, risultano percorribili entrambe le forme di dematerializzazione conosciute nella prassi: quella c.d. "forte", cioè in totale assenza di un titolo cartolare, e quella c.d. "debole", in cui il titolo – pur essendo dotato di una manifestazione cartolare – circola unicamente in forma dematerializzata[72].

La dematerializzazione "forte" è richiamata nello stesso *incipit* dell'art. 1-*bis* della legge in esame (integralmente dedicato alla dematerializzazione), che si riferisce in modo esplicito all'art. 83-*bis*, co. 1, t.u.f. a mente del quale «gli strumenti finanziari negoziati o destinati alla negoziazione sui mercati regolamentati italiani non possono essere rappresentati da documenti»[73]. La dematerializzazione "debole", invece, pur se non direttamente menzionata nella norma, è ricavabile in via interpretativa dal tenore complessivo dell'art. 1-*bis* il quale, peraltro, opera al quarto comma un richiamo generale alla normativa del t.u.f. in tema di dematerializzazione[74].

La legge, poi, ha cura di precisare che l'emittente, per la gestione dei titoli in regime dematerializzato, si deve avvalere esclusivamente di una società di gestione accentrata (ovvero, nell'attuale contesto di mercato, Monte Titoli S.p.A.). Tale puntualizzazione – di per sé piuttosto pleonastica in quanto agevolmente ricavabile dalle disposizioni del t.u.f. – si giustifica con la volontà di ribadire il definitivo abbandono della modalità di gestione

71 Al riguardo non sembra potersi escludere neppure il percorso inverso, ovvero la trasformazione in titolo cartolare di cambiali originariamente emesse in forma dematerializzata. Tuttavia, occorre altresì riconoscere che il mutamento del regime di circolazione del titolo (da cartolare a dematerializzato e viceversa) successivamente all'emissione dello stesso appare soluzione percorribile solo in particolari (ed eccezionali) circostanze attese le notevoli complicazioni che esso comporta sul piano operativo (prima fra tutte la necessità di ritirare dal mercato tutti i titoli in circolazione), cfr. Briolini, *op. cit.*, p. 931.

72 In questo caso, a norma dell'art. 19 del Regolamento congiunto CONSOB/Banca d'Italia del 22 febbraio 2008, al fine di immettere i titoli nel sistema di gestione accentrata, occorrerà procedere alla formale girata degli stessi in favore della società di gestione. Tale adempimento si rende necessario in virtù della natura cartolare del titolo ma, secondo un opinione largamente condivisa (cfr., *ex multis*, Urbani, *op. cit.*, p. 170), non conferisce alla società girataria una legittimazione cartolare piena.

73 In proposito, si è evidenziato, in modo condivisibile (Briolini, *op. cit.*, p. 924), come la mancata estensione del richiamo anche al co. 2 del medesimo art. 83-*bis* t.u.f. – che impone la dematerializzazione anche agli strumenti che, pur non essendo destinati alla negoziazione in mercati regolamentati, presentino le caratteristiche di diffusione fra il pubblico di cui al Regolamento congiunto Banca d'Italia/CONSOB del 22 febbraio 2008 – sembra impedire che si possa addivenire ad dematerializzazione "forte" obbligatoria della cambiali finanziarie per questa seconda via. Nessun dubbio, invece, sulla possibilità che la cambiali finanziarie possano essere assoggettate a un regime di dematerializzazione "forte", al di fuori delle ipotesi di obbligatorietà qui menzionate, per effetto di una libera scelta da parte dell'emittente.

74 Tuttavia tale richiamo, come si vedrà meglio nel prosieguo, non può portare a un'applicazione indiscriminata della normativa dettata a riguardo dal t.u.f., dovendo tali disposizioni essere interpretate compatibilmente con i principi che presidiano l'istituto delle cambiali finanziarie.

ipotizzata da alcuni dei precedenti progetti di riforma delle cambiali finanziarie. Tali proposte, infatti, prevedevano il coinvolgimento, in alternativa o in sostituzione alla società di gestione accentrata, di intermediari vigilati "decentrati" (banche o intermediari finanziari) che operavano quali sostituti della società di gestione accentrata certificando in sua vece l'esistenza del titolo e la validità dell'emissione[75].

Passando poi agli aspetti più operativi dell'emissione, la legge prevede che, ai fini della dematerializzazione, l'emittente invii un'apposita richiesta alla società di gestione accentrata e impone, con formula espressamente mutuata dal disposto di cui all'art. 100 della legge cambiaria, che tale richiesta debba contenere «*la promessa incondizionata di pagare le somme dovute*»[76]. La stessa legge, poi, riporta in modo analitico (art. 1-*bis*, co. 3) gli altri elementi da includere necessariamente nella richiesta, formulando un elenco che tiene conto delle peculiari caratteristiche della cambiale dematerializzata.

Così, ad esempio, al fine di sopperire alla mancanza di un supporto materiale del titolo, si prevede che la richiesta per l'emissione debba fare menzione dell'importo di ciascuna cambiale (lett. *b)*), del numero delle cambiali (lett. *c)*), dell'importo dei proventi (lett. *d)*), della data di emissione (lett. *e)*), dalla presenza di eventuali garanzie a supporto dell'emissione (lett. *g)*) nonché di altre informazioni richieste ai sensi dell'art. 100 della legge cambiaria (tra cui data di emissione, scadenza, dettagli del pagamento e sottoscrizione dell'emittente)[77]. Quanto invece alla necessità di indicare l'ammontare del capitale sociale versato ed esistente alla data dell'emissione (lett. *h)*) unitamente ad altri dati sociali dell'emittente (denominazione, oggetto, sede e registro delle imprese, lett. *i)* e *l)*)[78], tale prescrizione deve

75 Occorre tuttavia dare conto del fatto che tale interpretazione sembra indebolirsi laddove la legge, al termine del secondo comma dell'art. 1-*bis*, riferendosi ai soggetti destinatari della richiesta di dematerializzazione formulata dall'emittente parla di «intermediari finanziari». L'uso del sostantivo al plurale, infatti, si configura (in apparenza) come un implicito avvallo di quei progetti di gestione "decentrata" delle cambiali finanziarie dematerializzate ipotizzati dai precedenti progetti di riforma. In realtà, l'utilizzo del termine al plurale deve qui considerarsi come un refuso o, al più, come il riconoscimento dell'avvenuta liberalizzazione del servizio di gestione accentrata che, per effetto delle modifiche apportate dal t.u.f. e dal d.l. 24 giugno 1998 n. 213, può oggi essere svolto anche da società diverse da Monte Titoli S.p.A. (ferma restando la necessità che ciascuna emissione sia affidata ad un unico gestore).

76 La sensazione è che in questa sede il legislatore abbia voluto ribadire come, nonostante il venir meno della manifestazione materiale del titolo, esso mantenga la caratteristica che più gli è propria e lo contraddistingue (si veda, tuttavia, in proposito anche quanto si dirà *infra*).

77 Al contrario, il legislatore, avuto riguardo al particolare contesto in cui avviene l'emissione in forma dematerializzata, ha ritenuto di non prevedere che la richiesta contenga, così previsto per la cambiali finanziarie in forma cartolare, la «*denominazione di cambiale finanziaria inserita nel contesto del titolo*».

78 I dati identificativi in parola si sostituiscono a quelli contenuti all'art. 100, co. 1, n. 7-*bis* l. camb. che, calibrandosi sulla figura dell'emittente persona fisica, richiedono l'indicazione del luogo, della data di nascita e del codice fiscale del debitore.

ritenersi dettata dall'esigenza di rendere facilmente accessibili le informazioni essenziali del debitore sull'assunto che, in presenza di titoli dematerializzati (tanto più se destinati alla negoziazione sui mercati), il prenditore della cambiale non abbia una conoscenza diretta del soggetto finanziato[79]. Da ultimo, si sottolinea come la richiesta di riportare «*l'ammontare totale dell'emissione*» (lett. *a)*) testimoni in modo chiaro come, quantomeno nelle ipotesi di dematerializzazione, le cambiali finanziarie palesino la propria natura di "titoli di massa"[80].

Al netto delle peculiarità sopra evidenziate, la gestione della cambiali emesse in forma dematerializzata è regolata dalla normativa, primaria e secondaria[81], applicabile alle altre tipologie di titoli. Pertanto, a seguito della richiesta dell'emittente, la società di gestione accentrata aprirà un conto a nome di quest'ultimo e accrediterà le cambiali sui conti degli intermediari che inoltreranno gli ordini d'acquisto. Tali intermediari, a loro volta, apriranno un conto per ciascuno dei soggetti che, per loro tramite, si saranno resi prenditori delle cambiali finanziarie dematerializzate. A seguito dell'annotazione sul conto aperto presso l'intermediario, il prenditore della cambiale finanziaria potrà considerarsi legittimato all'esercizio dei diritti conferiti dalla cambiale finanziaria[82] ivi inclusa la possibilità di disporne[83].

79 Si è osservato, peraltro (cfr. Urbani, *op. cit.*, p. 170) come tale previsione sarebbe auspicabile con riferimento a tutte le cambiali finanziarie, indipendentemente dal fatto che esse siano emesse in forma dematerializzata o meno. Va precisato, tuttavia, che, laddove gli strumenti vengano ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato o in un sistema multilaterale di negoziazione, tali dati dovranno essere riportati all'interno dei relativi prospetti di quotazione o del documenti di ammissione che, pur se con diverse gradazioni, forniscono un quadro informativo piuttosto dettagliato.

80 Caratteristica che, tra l'altro, induce a dar credito a quella dottrina (cfr. Cian, *Note sui rapporti tra il nuovo diritto societario e il regime di dematerializzazione*, *Giur. comm.*, 2004, I. p. 321 e Id., *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 674) che si è espressa in modo contrario rispetto alla possibilità di sottoporre a dematerializzazione (originaria o successiva) solo una parte dei titoli emessi; tale possibilità, infatti, inevitabilmente comprometterebbe l'omogeneità della serie cambiaria e, quindi, la natura di "titoli di massa".

81 Segnatamente, dai già richiamati artt. 83-*bis* ss. t.u.f. e Regolamento congiunto Banca d'Italia/CONSOB del 22 febbraio 2008, nonché dai regolamenti e dalle istruzioni per la prestazione del servizio di gestione accentrata adottati da Monte Titoli S.p.A. Con riguardo a queste ultime, si rileva come le *Istruzioni al servizio di gestione accentrata per intermediari ed emittenti* prevedano, coerentemente con l'impianto normativo risultante dalla legge in commento, che la richiesta di emissione da parte di società non aventi titoli negoziati debba fare menzione dello *sponsor* (salvo che non ricorrano ipotesi di esonero) e del fatto che i titoli emessi sono destinati a circolare esclusivamente presso investitori qualificati.

82 La legittimazione ad esercitare i diritti derivanti dalla cambiale dovrà essere attestata, similmente a quanto avviene per gli altri titoli dematerializzati, da apposita certificazione rilasciata dall'intermediario. Per le peculiarità legate all'esperimento dell'azione esecutiva fondata su cambiali finanziarie emesse in forma dematerializzata si veda Briolini, *op. cit.*, p. 930.

83 In proposito è stato osservato (cfr. Briolini, *op. cit.*, p. 924) come i titoli dematerializzati

Le considerazioni che precedono e, in particolare, la possibilità oggi riconosciuta dalle legge in commento di emettere cambiali finanziarie in forma dematerializzata “forte”, hanno indotto parte della dottrina a chiedersi se ai titoli così emessi possa riconoscersi natura cambiaria tradizionalmente intesa[84]. La legge, in proposito, non offre indicazioni univoche poiché, dopo aver statuito (art. 1, co. 1) che le cambiali finanziarie sono «*titoli di credito*», precisa (art. 1, co. 2) che esse «*sono equiparate ad ogni effetto di legge alle cambiali ordinarie*»[85]. Tale seconda previsione, tuttavia, lungi dal costituire un elemento decisivo per la risoluzione del dibattito, ne alimenta la portata, posto che il concetto di “equiparazione” lascia intendere che le cambiali finanziarie debbano essere considerate “alla stregua di” cambiali ordinarie pur non essendo ad esse completamente assimilabili[86].

Ciò è particolarmente vero nelle ipotesi di dematerializzazione in senso “forte” dei titoli poiché, in tali circostanze, la totale assenza della *chartula* non consente il rispetto dei principi del diritto cartolare. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai principi di incorporazione[87] e letteralità[88], inconcepibili

mantengano, pur con le diverse sfumature dovute alle circostanze di fatto, la loro caratteristica di titoli all’ordine e che, in questo senso, l’ordine di trasferimento impartito dal prenditore all’intermediario possa essere equiparato alla girata. In tal caso, la richiesta di trasferimento inoltrata all’intermediario dovrà, similmente a quanto previsto per le cambiali cartolari, essere provvista della clausola «senza garanzia».

84 In proposito è stato osservato (cfr. Briolini, *op. cit.*, p. 924) come i titoli dematerializzati mantengano, pur con le diverse sfumature dovute alle circostanze di fatto, la loro caratteristica di titoli all’ordine e che, in questo senso, l’ordine di trasferimento impartito dal prenditore all’intermediario possa essere equiparato alla girata. In tal caso, la richiesta di trasferimento inoltrata all’intermediario dovrà, similmente a quanto previsto per le cambiali cartolari, essere provvista della clausola «senza garanzia».

85 Successivamente, all’art. 4, la stessa legge precisa che le cambiali finanziarie «sono considerate valori mobiliari per qualsiasi finalità prevista dall’ordinamento» (art. 4). Tale qualificazione tuttavia non assume particolare rilievo per i fini che qui interessano. Per un’analisi in proposito si rimanda a Urbani, *op. cit.*, p. 193 ss.

86 In questo senso, Capo, *op. cit.*, p. 143; Caterino, *op. cit.*, p. 1212 e, da ultimo, Urbani, *op. cit.*, p. 55 ss.

87 Come visto, in caso di dematerializzazione “forte”, la legittimazione all’esercizio dei diritti contenuti nel titolo è certificata dall’intermediario di cui il prenditore si è avvalso per l’acquisto del titolo. Tale certificazione, tuttavia, anche se redatta su supporto materiale, non sostituisce in modo pieno la materialità del titolo cambiario ai sensi di quanto previsto dal principio dell’incorporazione posto che, ad esempio, non può essere utilizzata ai fini della girata per il trasferimento del titolo. Discorso analogo può farsi con riferimento al *quantum* dovuto dall’emittente alla scadenza del titolo che risulta unicamente dalle scritture contabili dell’intermediario e perde, così, ogni legame con il titolo (dematerializzato).

88 In proposito, si sottolinea come la stessa promessa di pagamento, elemento essenziale del diritto cartolare, sia contenuta, per i titoli dematerializzati, nella richiesta di ammissione alla gestione centralizzata ovvero in un atto indirizzato a un soggetto diverso dal prenditore titolo e che, a rigore di quanto previsto dalla legge in commento, non deve necessariamente essere trasmesso mediante supporto materiale.

in assenza di un supporto materiale con cui il titolo sia identificato. Le medesime criticità si ripercuotono, di riflesso, su diversi istituti della legge cambiaria[89] e sulla normativa di rango internazionale (Convenzione di Ginevra del 1930) che non possono trovare applicazione in assenza di una manifestazione materiale del titolo cambiario.

Alla luce di quanto sopra, pare dunque doversi concludere che le cambiali finanziarie, quando emesse in forma dematerializzata "forte" (e cioè in totale assenza di *chartula*)[90], perdano la loro natura cambiaria[91] per assumere una dimensione, per così dire, più spiccatamente "finanziaria" che, allo scopo di garantire una più rapida e diffusa circolazione tra gli investitori, si disancora dai capisaldi del diritto cartolare[92].

89 A riguardo, la dottrina (URBANI, *op. cit.*, p. 58) porta l'esempio dell'avvallo di cui agli art. 36 ss. della legge cambiaria: l'applicazione di tale garanzia appare infatti impossibile in assenza di una manifestazione materiale del titolo.

90 Ciò è particolarmente vero nelle ipotesi di dematerializzazione "forte" obbligatoria atteso che, in caso di dematerializzazione facoltativa, la natura cambiaria del titolo, pur se assente *ab origine*, può essere recuperata a seguito della scelta, astrattamente sempre ammissibile, di emettere i titoli in forma cartacea.

91 Resta da capire, se, al fine di garantire l'unitarietà dell'istituto delle cambiali finanziarie riformate sotto un profilo squisitamente tassonomico e dogmatico, sia opportuno estendere le conclusioni qui precisate anche ai titoli non dematerializzati o assoggettati a dematerializzazione "debole" (in questo senso, URBANI, *op. cit.*, p. 58).

92 Non pare, tuttavia, che da tutto ciò possa desumersi una volontà precisa del legislatore di ridimensionare la portata applicativa del diritto cartolare essendo piuttosto questa una conseguenza necessaria dell'evoluzione tecnologica che porta, *de facto*, al superamento di dettami incompatibili con il regime imposto dalla dematerializzazione.

Ricerche giuridiche
Vol. 3 – Num. 1 – Giugno 2014
ISSN 2281-6100

La recente evoluzione della disciplina antiriciclaggio dello Stato della Città del Vaticano: brevi riflessioni in tema di operazioni frazionate e di c.d. canalizzazione delle operazioni

Giovanna Marcolin
(Dottoressa magistrale in Economia e finanza nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract Money Laundering is a big problem of the international economy and only the global common politic can reduce it. States without a money-laundering law contrasting it, or with a soft legislation on this subject, and the possibility to use cash without limits or with high ones, increase and support the money laundering actions. In the world there are some little countries that don't have rules that face this problem, or maybe they have them but they are not suitable. The situation has changed during the last four years as one of these little countries has decided to change its legislation and has developed an anti-money laundering system. This State is Holey See. This paper analyses the anti-money laundering system of the Holey See introduced initially by the Law N. CXXVII/10, later improved with the Law N. CLXVI/12 and finally refined with the Law N. XVIII/13. Especially, it is focused on two important measures adopted by the Holey See to face the money laundering problem: the theme of the "connected operation" and the limits of the use of the cash in the transactions. To better understand these factors, this paper compares the Holey See measures with the Italian ones issued with the legislation decree N. 231/07.

1 La normativa antiriciclaggio dello Stato della Città del Vaticano, dalla legge del 30 dicembre 2010 n. CXXVII ad oggi

Il fenomeno del riciclaggio di denaro sporco, ovvero il reimpiego in attività lecite dei proventi derivanti da attività illecite, rappresenta da sempre un problema dei sistemi economico-finanziari mondiali. Infatti, il *money laundering* non può considerarsi una questione meramente nazionale, bensì internazionale, poiché il suo raggio d'azione supera ogni confine geografico.

Da questa consapevolezza la comunità internazionale è intervenuta nel corso degli anni al fine di prevenire e contrastare il fenomeno in modo unitario, sia mediante la costituzione di organismi *ad hoc* quale, ad esempio, il Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI) e sia attraverso la realizzazione di una regolamentazione volta a fissare *standards* comuni a tutti i Paesi aderenti[1]. Fondamentale perchè possa esservi un contrasto internazionale comune al riciclaggio sono l'implementazione di misure atte allo scopo da parte degli ordinamenti nazionali e la collaborazione attiva tra gli Stati.

Come noto, nonostante i buoni propositi degli Stati c.d. «virtuosi», intendendosi per tali tutti quei Paesi che al proprio interno hanno sviluppato un sistema normativo volto a contrastare il lavaggio di denaro sporco, un forte limite all'efficacia delle disposizioni internazionali è l'esistenza di Paesi «non virtuosi», *offshore*, ovvero Stati che ancora ad oggi non hanno adottato misure tali da contrastare il problema, permettendo quindi che all'interno dei propri confini vengano poste in essere operazioni di riciclaggio senza alcuna conseguenza giuridica.

Fino a qualche anno fa lo Stato della Città del Vaticano poteva rientrare tra quei paesi considerati ad alto rischio di riciclaggio di denaro sporco, poiché avente le caratteristiche atte potenzialmente a consentire lo svolgimento di operazioni di tal tipo, vale a dire un forte segreto bancario, la mancanza di un controllo sugli istituti finanziari e la totale assenza di norme specifiche volte ad impedire il compimento di operazioni di riciclaggio.

Tuttavia, la situazione appena descritta è venuta meno il 30 dicembre 2010, data in cui Papa Benedetto XVI con *Motu Proprio* ha emanato il primo *corpus* normativo volto alla «*prevenzione e contrasto del riciclaggio*

1 Con riferimento alla normativa internazionale, è necessario richiamare, innanzitutto, le 40 Raccomandazioni GAFI in materia di contrasto e prevenzione del riciclaggio di denaro sporco e di finanziamento del terrorismo, contenenti, per l'appunto, *standards* comuni per la lotta a tali fenomeni. Oltre a queste, sono fondamentali nella storia del contrasto del riciclaggio la «*Dichiarazione di Princìpi sulla prevenzione dell'utilizzo a fini criminosi del sistema bancario per il riciclaggio di fondi di provenienza illecita*», emanata dal Comitato di Basilea nel 1988; La Convenzione di Vienna della Nazioni Unite «*contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope*» del 1999; la Convezione di Strasburgo del Consiglio d'Europa «s*ul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi da reato*» del 1990; la Convenzione di New York delle Nazioni Unite «*per la repressione del finanziamento al terrorismo*» del 1999; la Convenzione di Palermo delle Nazioni Unite «*contro la criminalità organizzata transnazionale*», 2000 ed, in ultimo, la Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa «*sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo*» del 2005. Per informazioni circa i profili organizzativi della lotta internazionale del *money laundering*, il contenuto degli atti sopracitati nonché il contributo apportato nel contrasto del riciclaggio, si veda Ammirati, *Il delitto di riciclaggio nel sistema bancario e finanziario interno ed internazionale*, Padova, 2004; Bonzanini, *La Convenzione di Strasburgo e la legge 328/1993: nuove fasi nella lotta al riciclaggio di denaro "sporco" ed effetti sul sistema bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, I, p. 720 ss. e Condemi, De Pasquale (a cura di), *Profili internazionali dell'attività di prevenzione e contrasto del riciclaggio di capitali illeciti: fonti, organismi e forme di collaborazione*, Roma, 2004 e Urbani, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Padova, 2005.

dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo», la legge n. CXXVII, manifestando così la volontà di perseguire una lotta del riciclaggio comune con gli altri Stati.

Seppure quello citato sia stato il momento di inizio dell'«era antiriciclaggio vaticana», l'elemento propulsore del processo di adeguamento agli *standards* internazionali è individuabile, prima ancora, già nella Convenzione monetaria siglata il 17 dicembre 2009 tra l'Unione europea e lo Stato della Città del Vaticano. Con tale atto l'Unione europea ha concesso infatti Oltretevere l'utilizzo dell'euro come moneta[2], a condizione tuttavia della ratifica da parte del Vaticano, entro il 31 dicembre 2010, di alcune importanti disposizioni comunitarie, tra le quali, come stabilito allo stesso art. 8, co. 1, lett. *b*), della Convezione, quelle contenenti misure volte a contrastare il compimento di attività di riciclaggio, rimandando pertanto alla Direttiva 2005/60/CE, la c.d. «Terza direttiva» antiriciclaggio, nonché a tutte le sue successive modifiche[3].

2 Nello Stato della Città del Vaticano circolava e si coniava l'euro già prima del 2009, in virtù della Convenzione monetaria firmata il 29 dicembre 2000, stipulata tra la Repubblica Italiana, per conto della Comunità europea, e lo Stato della Città del Vaticano. Sulla base di tale Convenzione, il Vaticano aveva il diritto di utilizzare l'euro come propria moneta e di conferire corso legale alle banconote e monete in euro, nonché il diritto di coniare monete in euro per un valore nominale massimo di euro 670.000 e per un importo aggiuntivo di euro 210.000 al verificarsi di determinate circostanze. Tale Convenzione andava a sostituire un'altra Convenzione monetaria firmata tra lo Stato della Città del Vaticano e la Repubblica Italiana il 3 dicembre 1991 (anch'essa sostitutiva di una precedente convenzione monetaria stipulata fra il Regno d'Italia e lo Stato della Città del Vaticano il 2 agosto 1930). Con tale Convenzione, infatti, l'Italia metteva a disposizione dello Stato Vaticano la propria Zecca per la coniazione delle monete vaticane, identiche alle italiane «*per quanto concerne il metallo, la composizione chimica, il valore nominale intrinseco dei singoli pezzi*». Oltre ad essere identiche a quelle italiane, all'art. 3 si stabiliva che le due monete avevano «identico corso legale e potere liberatorio nei rapporti tra privati e in quelli con le pubbliche casse» nei due Paesi.

3 L'Unione europea, in allegato alla Convezione, elenca una serie di atti che il Vaticano è chiamato ad implementare al proprio interno per il rispetto del contenuto della stessa convenzione. Con riferimento all'antiriciclaggio, l'UE precisa che deve essere ratificata la Direttiva 5005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, «*relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo*», così come modificata dalla Direttiva 2006/70/CE, del 1° agosto 2006, «*recante misure di esecuzione della Direttiva 2005/60/CE del Parlamento e del Consiglio per quanto riguarda la definizione di persone politicamente esposte e i criteri tecnici per le procedure semplificate di adeguata verifica della clientela e per l'esenzione nel caso di un'attività finanziaria esercitata in modo occasionale o su scala molto limitata*», e dalla Direttiva 2008/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2008, che modifica la direttiva 2005/60/CE, «*per quanto riguarda le competenze di esecuzione conferite alla Commissione*». Il Vaticano è inoltre tenuto ad adottare il Regolamento (CE) n. 1781/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 novembre 2006, «*riguardante i dati informativi relativi all'ordinante che accompagnano i trasferimenti di fondi*», il Regolamento (CE) n. 1889/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, «*relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nella Comunità o in uscita dalla stessa*» e la Decisione quadro 2005/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, «*concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato*».

A seguito della Convenzione il Vaticano ha avviato così un importante processo normativo, che trova nella sopracitata legge n. CXXVII/10 il suo primo risultato.

Tale legge, sotto certi profili, si è presentata rivoluzionaria per il Vaticano, che grazie ad essa ha provveduto ad aggiornare ed integrare il suo codice penale, andando, ad esempio, ad inserire fra le fattispecie perseguibili penalmente il riciclaggio e l'autoriciclaggio (superando, sotto questo punto di vista, la disciplina italiana)[4], e per la prima volta è stato regolato, seppure limitatamente al contesto dell'antiriciclaggio, il sistema finanziario vaticano andando altresì ad istituire figure di vigilanza sugli istituti bancari, come l'Autorità di Informazione Finanziaria. Difatti, è di assoluta importanza ricordare che lo Stato della Città del Vaticano, seppure goda della presenza dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica (APSA) e dell'Istituto per le Opere di Religione (IOR), considerati gli istituti finanziari della Santa Sede, in passato non aveva mai normato le loro attività, rendendoli quindi del tutto autonomi e privi di qualsiasi controllo da parte delle autorità competenti, peraltro anch'esse inesistenti.

Pertanto, si può facilmente comprendere l'effetto generato dalla legge n. CXXVII/10, la quale, nonostante le diverse critiche adombrate su di essa in quanto considerata superficiale su taluni aspetti, è andata comunque a porre le basi per un sistema normativo rivolto al settore finanziario e che, a tre anni dalla sua creazione, è ancora in continua evoluzione.

Dopo la veloce preparazione della legge n. CXXVII/10, infatti, il Vaticano ha continuato il suo lavoro normativo, cercando di rendere il proprio sistema antiriciclaggio sempre più conforme ai dettati internazionali, arrivando ad emanare il 25 febbraio 2012 il decreto n. CLIX, modificativo della legge del 2010, e confermato il successivo 24 aprile 2012, con la legge n. CLXVI, modificativa, integrativa e sostitutiva della precedente.

Grazie a questa revisione il Vaticano è giunto a migliorare le proprie disposizioni in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo colmando molte delle lacune lasciate in precedenze, ma altresì – va detto – introducendo talune nuove contraddizioni

4 Inserendo tra le fattispecie perseguibili penalmente l'autoriciclaggio, il Vaticano, sotto questo punto di vista, si presenta maggiormente all'avanguardia rispetto l'Italia. È importante ricordare, infatti, che in Italia è sì previsto l'autoriciclaggio, ma solo ai fini di quanto stabilito nel d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, contente le misure antiriciclaggio; dal punto di vista penale, invece, l'autoriciclaggio non è ancora perseguito, posto che ai sensi dell'art. 648 *bis* c.p. commette reato chi «*fuori dai casi di concorso di reato*» pone in essere tutte quelle azioni riconducibili al riciclaggio di proventi da attività criminose: grazie a questa clausola di riserva, il soggetto che commetta in prima persona il reato presupposto e successivamente ricicli egli stesso quanto ottenuto da suddetto reato non è dunque perseguibile per riciclaggio. Sulla questione è intervenuta di recente anche la Corte di Cassazione, la quale, con sentenza 23 gennaio 2013, n. 9226, ha confermato che il soggetto autore del reato presupposto non può essere accusato anche per riciclaggio qualora abbia commesso attività di tale tipo, poiché il codice penale italiano non contempla il reato di autoriciclaggio.

interne al contesto normativo. Una delle importanti questioni sorte con l'emanazione della legge n. CLXVI/12 si concentrava sull'art. 2, co. 1, ove in tema di destinatari degli obblighi il rispetto di questi veniva limitato alle sole persone giuridiche, diversamente da quanto invece stabiliva il precedente art. 2, co. 1, l. n. CXXVII/10. Per capire il problema di tale delimitazione, era necessario rimandare all'art. 1 della legge n. CLXVI/12, contenente una serie di definizioni valenti ai fini della normativa antiriciclaggio. L'art. 1, co. 1, n. 3, l. n. CLXVI/12, stabiliva che per «persone giuridiche» erano da intendersi «*ogni persona giuridica, qualunque sia la natura e l'attività, incluse le fondazioni ed i* trust*, non rientranti nella definizione di Autorità pubblica*», quest'ultima definita dall'art. 1, co. 1, n. 2, l. n. CLXVI/12 come «*organismo o ente che, in base all'ordinamento interno, svolge, direttamente o indirettamente, un'attività istituzionale espressione dell'autorità sovrana*». Il problema fondamentale era rappresentato dal fatto che ai sensi della definizione di cui all'art. 1, co. 1, n. 2, l. n. CLXVI/12, l'APSA rientrava tra le Autorità pubbliche[5] e, di conseguenza, non era tenuta al rispetto degli obblighi contenuti dalla stessa legge n. CLXVI/12 come pure tutti i regolamenti e le disposizioni emanati dalla neo costituita Autorità di Informazione Finanziaria, la *Financial Intelligence Unit* vaticana[6].

Proprio in virtù di problemi di tal tipo, i lavori di modifica e perfezionamento sono continuati anche sotto il nuovo pontificato. Proprio Papa Francesco nell'estate del 2013 è intervenuto personalmente sulla questione, emanando due importanti *Motu Proprio*: il primo, datato 11 luglio, volto a rinnovare il codice penale con l'obiettivo dichiarato di proseguire il lavoro iniziato da Papa Benedetto XVI, e il secondo, emanato l'8 agosto, destinato specificatamente alla normativa antiriciclaggio.

Il valore di questi due *Motu Proprio* è paragonabile a quello della stessa legge antiriciclaggio. Essi, infatti, hanno reso maggiormente internazionali alcuni aspetti (quali ad esempio il finanziamento del terrorismo), hanno risolto molti dei problemi presenti nei precedenti testi normativi (come la questione dei soggetti destinatari degli obblighi), sono andati a istituire

5 Ai sensi dell'art. 1 del Regolamento dell'APSA, questa è definita come «*Dicastero della Curia Romana, al quale spetta di amministrare i beni immobiliari e mobiliari di proprietà della Santa Sede, destinati a fornire i fondi necessari all'adempimento delle funzioni della Curia stessa*», rientrando così, ai sensi dell'art. 1, co. 1, n. 2, nella definizione di Autorità pubblica.

6 È importante sottolineare che, nonostante l'esclusione delle Autorità pubbliche dal rispetto degli obblighi come altresì dal resto della normativa, lo stesso art. 2, co. 2, l. n. CLXVI/12, prevedeva in capo ad esse l'obbligo di effettuare una segnalazione all'Autorità di Informazione Finanziaria, nel caso in cui fossero state a conoscenza, avessero sospettato o avuto motivi ragionevoli di sospettare che denaro contante, beni o altre risorse economiche costituivano proventi di un reato, o vi fossero in corso, compiuti o tentati atti volti al riciclaggio o al finanziamento del terrorismo. Nonostante questa previsione, l'escludere del tutto le Autorità pubbliche dall'ambito di applicazione della normativa risultava dannoso per l'intero sistema antiriciclaggio, soprattutto per la consapevolezza che il secondo principale istituto finanziario vaticano rientrava in questa categoria.

nuove figure di contrasto del riciclaggio e, in ultimo, hanno introdotto il concetto di vigilanza prudenziale nel sistema finanziario Oltretevere, prima del tutto inesistente, assecondando così le richieste della comunità internazionale, specialmente del Moneyval.

Tuttavia, dal momento dell'emanazione della prima legge ad oggi, sono avvenuti molti cambiamenti nella rispettiva disciplina internazionale. È necessario ricordare che il Vaticano mira alla conformità degli *standards* internazionali, che sono stati revisionati negli ultimi anni, ed è in corso la stesura della «Quarta direttiva» europea antiriciclaggio. Inoltre, la stessa normativa vaticana è stato oggetto di radicali rielaborazioni dall'emanazione della legge n. CXXVII/10 ad oggi e l'esigenza di essere pienamente rispettoso dei canoni internazionali in materia, di garantire la totale trasparenza finanziaria ed essere considerato al pari degli altri Paesi virtuosi si è fatta sempre più forte nel Vaticano, al punto da emanare una terza legge antiriciclaggio il 9 ottobre 2013, di «*conferma del decreto n. XI del Presidente del Governatorato, recante norme in materia di trasparenza, vigilanza ed informazione finanziaria, dell'8 agosto 2013*», n. XVIII[7].

Tale legge, come lo erano state a suo tempo sia la legge n. CXXVII/10 e sia la legge n. CLXVI/12, si presenta innovativa. Infatti, oltre a stabilire obblighi per la prevenzione e il contrasto del riciclaggio di denaro sporco, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione di armi di distruzione di massa, contempla una serie di regole di natura prudenziale volte a disciplinare, per la prima volta, l'aspetto costituivo e organizzativo per l'esercizio dell'attività finanziaria. A tale scopo si presta il Titolo III, «*Vigilanza regolamentare prudenziale degli enti che svolgono professionalmente un'attività di natura finanziaria*», l. n. XVIII/13, ove in quattordici articoli il legislatore introduce nel sistema finanziario vaticano dei requisiti d'accesso per l'esercizio dell'attività finanziaria, criteri di organizzazione e gestione degli enti finanziari, requisiti patrimoniali e di liquidità in capo agli enti e di onorabilità e competenza in capo ai membri della direzio-

7 La legge n. CXXVII risale al 2010 e si basa, oltre che sulla Direttiva 2005/60/CE, sulle 40 Raccomandazioni GAFI del 2003 in materia di riciclaggio di denaro sporco e le IX Raccomandazioni Speciali GAFI volte a prevenire e contrastare il finanziamento del terrorismo internazionale. Nel febbraio 2012, tuttavia, il GAFI ha rivisto i propri *standards,* emanando così le nuove 40 Raccomandazioni che, oltre ad unificare le 49 Raccomandazioni, apportano importanti modifiche, tra le quali, l'aggiunta tra i suoi obiettivi della prevenzione e contrasto della proliferazione di armi di distruzione di massa nonché l'esplicito inserimento dei reati di natura tributaria tra i reati presupposto del riciclaggio di denaro sporco. Poiché il decreto modificativo n. CLXI/12 era stato emanato in concomitanza delle nuove 40 Raccomandazioni GAFI, il Vaticano non aveva potuto conformare la propria legge ai nuovi *standards*. L'adeguamento è, in parte, avvenuto proprio con i due *Motu Proprio* emanati dal Sommo Pontefice nell'estate 2013 e con la legge n. XVIII/13. Questo importante lavoro di revisione era, quindi, non solo necessario ma indispensabile, soprattutto se si considera che per il mese di dicembre 2013 era attesa la terza visita da parte degli esperti del Moneyval per una nuova valutazione sulle misure antiriciclaggio poste in essere dal luglio 2012.

ne, degli organi di controllo e dell'alta dirigenza. Inoltre, all'art. 66, l. n. XVIII/13 si contempla l'irrogazione di una serie di sanzioni amministrative in caso di mancato rispetto di quanto stabilito al Titolo III da parte dei soggetti obbligati.

Da quanto appena descritto, è possibile cogliere la volontà del Vaticano di riassettare effettivamente il suo sistema finanziario, fissando regole non solo destinate alla mera prevenzione e contrasto del riciclaggio di denaro sporco, ma altresì volte a disciplinare l'aspetto organizzativo degli istituti finanziari, adeguandosi così ai dettati internazionali in materia, e iniziando a creare un *corpus* normativo che ricorda, seppur vagamente, il contenuto del Testo Unico Bancario italiano.

2 Confronto tra le disposizioni vaticane e italiane in materia di operazioni frazionate e limitazione dell'uso del denaro contante: le *operazioni frazionate* e il ruolo dei ´*sette giorni lavorativi*[a]

Il concetto di «*operazione frazionata*» è un elemento di assoluta importanza nei sistemi antiriciclaggio, poiché a seconda della definizione adottata, risulta più o meno agevole per un soggetto compiere azioni di riciclaggio di denaro sporco. È, pertanto, indispensabile per un Paese definire accuratamente questa tipologia di operazioni in modo tale da ricoprire tutte quelle casistiche che consentono il compimento di transazioni apparentemente indipendenti, ma, in realtà, collegate tra la loro.

Esaminando la normativa internazionale e comunitaria su tale aspetto, di fondamentale importanza sono la Nota Interpretativa della Raccomandazione n. 10 GAFI del 2012 e l'art. 7, co. 1, lett. *b*), della Direttiva n. 2005/60/CE, ove si stabilisce che gli obblighi di *costumer due diligence* devono essere adempiuti anche in caso di prestazioni occasionali di importo superiore a 15.000 euro, sia che esse avvengano con un'unica operazione e sia in caso di più operazioni che appaiano tra loro collegate, lasciando poi all'autonomia decisionale dei Paesi ratificatori la specifica definizione di operazione frazionata/collegata. Secondo quanto disposto dal GAFI e dall'Unione europea, quindi, il soggetto obbligato dovrà svolgere un controllo accurato dell'operazione in procinto di compiere, prestare attenzione alle movimentazioni poste in essere ed individuare l'eventuale sussistenza di un collegamento tra un'operazione e l'altra.

Con riferimento al contesto nazionale la normativa al riguardo è più che esauriente. Ai sensi dell'art. 15, co. 1, lett. *b*), d.lgs. n. 231/2007, gli intermediari sono tenuti ad adempiere agli obblighi di adeguata verifica della clientela e di registrazione «*quando eseguono operazioni occasionali, disposte dai clienti che comportino la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari o superiore a euro 15.000, indipendentemente dal fatto che siano effettuate con una operazione unica o*

con più operazioni che appaiono tra loro collegate per la realizzazione di un'operazione frazionata», ove per «*operazione frazionata*» è da considerarsi «*un'operazione unitaria sotto il profilo economico, di valore pari o superiore ai limiti stabiliti nel presente decreto, posta in essere attraverso più operazioni, singolarmente inferiori ai predetti limiti, effettuate in momenti diversi ed in un circoscritto periodo di tempo fissato in sette giorni ferma restando la sussistenza dell'operazione frazionata quando ricorrano elementi per ritenerla tale*», come disposto all'art. 1, co. 2, lett. *m*), d.lgs. n. 231/2007. Di conseguenza, in caso di singole operazioni di importo inferiore a 15.000 euro, ma complessivamente pari o superiore a tale limite, il soggetto incaricato di svolgere l'operazione è tenuto ad adempiere agli obblighi di c*ostumer due diligence* e di registrazione nel momento stesso in cui suddetta soglia risulta superata.

Tuttavia, rilevante ai nostri fini è il fattore temporale. La legge italiana, infatti, delimita l'intervello di tempo a sette giorni lavorativi, fermo restando però la possibilità che l'operazione risulti frazionata qualora vi siano elementi per definirla tale. Grazie a questa chiusura, il legislatore italiano ha reso il fattore temporale relativo e non assoluto, permettendo così la rilevazione di un'operazione frazionata anche decorsi i sette giorni di cui all'art. 1, co. 2, lett. *m*), cit. Ciò significa che in capo agli intermediari si richiedono maggiori responsabilità e competenze, dato che il loro controllo non si esaurisce trascorso il sopracitato intervallo temporale, ma si presta ad essere continuo.

Per quanto riguarda la realtà vaticana, una prima definizione di operazione frazionata è stata introdotta con la legge n. CXXVII/10 e confermata, successivamente, con la legge n. CLXVI/12, sollevando tuttavia diverse problematiche soprattutto con riferimento ai criteri di individuazione di tali operazioni e che il legislatore vaticano ha cercato di risolvere con la legge n. XVIII/13. Nell'elaborazione della legge n. CXXVII/10, come altresì della legge n. CLXVI/12, il Vaticano aveva di per sé rigorosamente rispettato quanto stabilito dalle raccomandazioni GAFI e dalla Terza direttiva, prevedendo per l'appunto l'obbligo di svolgere un'adeguata verifica della clientela in presenza di «*transazioni collegate*», così come definite dallo stesso testo normativo. Esaminando la definizione di cui all'art. 1, co. 1, n. 28, l. n. CLXVI/12, dunque, per transazione collegata si intendeva «*una transazione, ancorché autonoma, che unitamente ad un'altra o ad altre costituisca una transazione unitaria sotto il profilo economico, di valore pari o superiore ad euro 15.000, effettuate in momenti diversi ed in un circoscritto periodo di tempo fissato in sette giorni lavorativi*». Tuttavia, il problema fondamentale della definizione in esame era rappresentato dai «*sette giorni lavorativi*», che per come era formulato il testo apparivano, ed erano, tassativi: ciò implicava una responsabilità in capo agli intermediari limitata a tale intervallo temporale con la conseguenza che per quanto poteva accadere successivamente questi non erano tenuti ad adempiere

ad alcun obbligo di *costumer due diligence* ed, eventualmente, segnalare quanto dovuto. È rilevabile come una tale previsione normativa potesse, inevitabilmente, agevolare la realizzazione di operazioni di riciclaggio di denaro sporco per il tramite di transazioni collegate, poiché lasciati decorrere i sette giorni lavorativi, un soggetto poteva porre in essere un'ulteriore operazione, collegata alla precedente, senza incorre in controlli e segnalazioni da parte degli intermediari finanziari, in capo ai quali ogni dovere era venuto meno decorso il termine prescritto[8]. La differenza tra la definizione italiana e vaticana è immediatamente percepibile, giacché nella prima il fattore tempo è da considerarsi relativo, permettendo così un più esteso monitoraggio e una maggiore partecipazione da parte degli intermediari, mentre nella seconda il tempo è assoluto, non lasciando pertanto spazio a discrezionalità decisionale.

Con la legge n. XVIII/13, come si è detto poc'anzi, il Vaticano è intervenuto su tale aspetto, riducendo innanzitutto la soglia a 10.000 euro ma, soprattutto, modificando i termini per l'individuazione di una transazione collegata. A differenza della definizione del 2012, legata indissolubilmente all'elemento temporale, l'attuale definizione di cui all'art. 1, co. 1, n. 26, l. n. XVIII/13 si presenta liberata dell'intervallo dei sette giorni e considera come transazioni collegate le operazioni che, anche se autonome, formano dal punto di vista economico operazioni unitarie con una o più operazioni «*effettuate in diverse fasi o momenti*», adottando quindi un approccio completamente opposto al precedente. Se una tale ampiezza temporale, che può definirsi quasi senza limiti, attribuisce ai soggetti incaricati al monitoraggio una responsabilità non indifferente rispetto a quanto previsto sia dalla legge n. CXXVII/10 e sia dalla legge n. CLXVI/12, sicuramente una scelta di questo tipo permette un maggior monitoraggio delle transazioni che avvengono attraverso gli istituti finanziari vaticani, garantendo di conseguenza un più incisivo contrasto e prevenzione del riciclaggio di denaro sporco, avvicinandosi così sempre più agli obiettivi prefissati nell'originaria legge, come pure in tutte le sue modifiche, ovvero l'adeguamento agli *standards* antiriciclaggio internazionali al fine di poter rientrare tra quei paesi considerati "virtuosi".

8 Sul tema era intervenuto anche il Moneyval. Infatti, nella sua visita *in loco* avvenuta nel luglio 2012 aveva manifestato preoccupazioni in merito alla scelta del Vaticano, rilevando la non conformità ai dettati internazionali, che non delimitano tali operazioni ad un mero intervallo temporale di sette giorni. Al riguardo si veda MONEYVAL, *Mutual Evaluation Report of anti-money laudering and combating the financing of terrorism regime of the Holy See (including Vatican City State)*, 4th July 2012, p. 91.

3 (segue) L'importanza di un'adeguata limitazione dell'uso del denaro contante

Un altro importante aspetto della lotta al riciclaggio, che si ricollega alla questione delle operazioni frazionate, è la c.d. "canalizzazione delle operazioni", ovvero l'obbligo in capo ai soggetti di rivolgersi agli intermediari bancari per il trasferimento/pagamento di somme superiori ad un determinato importo.

La disciplina nazionale, al riguardo, è più che esauriente. Ad occuparsi di tale aspetto è l'art. 49 del d.lgs. n. 231/2007, che fissa in diciassette commi una serie di misure volte a ridurre il più possibile l'utilizzo del denaro contante.

Limitando l'esame al solo co. 1 dell'articolo in questione, questo permette i trasferimenti di denaro contante per importi inferiori a 1.000 euro[9] e, qualora questi risultino di ammontare pari o superiore, sorge l'obbligo in capo al soggetto di rivolgersi ad un intermediario finanziario. Il legislatore italiano specifica, inoltre, che sono vietati altresì i trasferimenti di denaro contante effettuati con più pagamenti inferiori al limite che appaiono «*artificiosamente frazionati*». Due sono dunque gli elementi fondamentali di questa previsione normativa: innanzitutto, la fissazione della soglia pari a 1.000 euro, al fine di disincentivare l'utilizzo del denaro contante[10], che inevitabilmente favorisce il compimento di attività di riciclaggio nonché dei relativi reati presupposti; in secondo luogo, è necessario rivolgere l'attenzione alla terminologia utilizzata dal

9 L'ammontare massimo di contante utilizzabile è da sempre stato oggetto di modifiche normative, in quanto non ostacola solo il riciclaggio di denaro sporco e il finanziamento al terrorismo, ma permette altresì di contrastare il fenomeno dell'evasione fiscale. Originariamente la soglia era stata fissata in 20 milioni di lire, ma successivamente, con il d.lgs. n. 231/2007 era stata ridotta a euro 5.000, poi elevata a euro 12.500 con l'art. 32 del d.l. n. 112/2008, per poi essere riportata a euro 5.000 nel 2010 a seguito dell'art. 20 del d.l. n. 78/2010 ed, infine, ridotta ulteriormente a euro 1.000 con il d.l. n. 201/2011. Con riferimento alle modifiche apportate dal d.l. n. 78/2010 si veda Minto, *"Le canne al vento" della disciplina antiriciclaggio: breve riflessioni a margine di alcune disposizioni del d.l. n. 78/2010*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2010, II, p. 149; Parisotto, Renella, *Modificate le disposizioni antifrode e antiriciclaggio*, in *Corr. tribut.*, 2010, p. 2087 ss.; Urbani, *La disciplina di contrasto del riciclaggio e dell'usura*, in *L'attività delle banche*, a cura di Urbani, Padova, 2010, p. 489 ss., nonché Urbani, *Le mobili frontiere della disciplina antiriciclaggio*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, a cura di Amorosino, Troiano, Sepe, Conte, Pellegrini, Antonucci, Padova, 2010, p. 467 ss.

10 L'utilizzo del denaro contante in Italia è ancora molto alto, soprattutto se confrontato con il resto d'Europa. Da uno studio svolto da Banca d'Italia è emerso che in Italia il 90 per cento dei pagamenti avviene per il tramite del contante, a fronte di una media del 70% nel resto d'Europa. Sulla questione si veda Ardizzi, Iachini, *Eterogeneità nelle abitudini di pagamento: confronto tra paesi europei e specificità italiane*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Roma, 2013.

legislatore, che parla di importi «*artificiosamente frazionati*». In questo caso, dunque, non si fa riferimento alle operazioni frazionate in genere, come invece prevedono gli artt. 15, 16, 17 e 36 in materia di obblighi di adeguata verifica della clientela e registrazione dei dati, ma il legislatore circoscrive l'ambito di applicazione alle sole operazioni mirate ad aggirare le autorità competenti, al fine di utilizzare, invece, ingenti somme di denaro[11].

In tema di utilizzo del denaro contante è opportuno un rimando anche a quanto disposto in materia di movimenti transfrontalieri di capitale, intendendosi per tali l'entrata e l'uscita di capitali nel territorio italiano. Al riguardo è necessario richiamare il d.lgs. 19 novembre 2008 n. 195, contenente una serie di modifiche ed integrazioni alla normativa valutaria in attuazione del Regolamento (CE) n. 1889/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, «*relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nella Comunità o in uscita dalla stessa*». L'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 195/2008 individua nell'entrata o uscita dal territorio italiano di una somma pari o superiore a 10.000 euro l'ammontare significativo da cui sorge l'obbligo di dichiarazione presso l'Agenzia delle dogane, conformemente a quanto stabilito dall'art. 3 del Regolamento (CE) n. 1889/2005. Pertanto, ai sensi dell'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 195/2008, un soggetto può entrare o uscire liberamente dall'Italia, senza obbligo di dichiarazione, con una somma inferiore a 10.000 euro, nonostante l'obbligo di utilizzo dei canali finanziari per pagamenti pari o superiori a 1.000 euro.

A porre rimedio alla descritta situazione ha provveduto il d.l. 2 marzo 2012, n. 16 (convertito, con modificazioni, in legge del 26 aprile 2012, n. 44), recante «*Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento*», il quale all'art. 3, in deroga a quanto stabilito dall'art. 49, co. 1, del d.lgs. n. 231/2007, riconosce la possibilità per gli operatori del settore del commercio al minuto e agenzie di viaggio e turismo di vendere beni e servizi a cittadini stranieri[12], entro il limite di 15.000 euro, previa

11 Come chiarisce il Ministero dell'Economia e delle Finanze nella Circolare esplicativa del 16 gennaio 2012, n. 2, avente ad oggetto «*Disposizioni in materia di procedimenti sanzionatori antiriciclaggio (decreto legislativo del 21 novembre 2007, n. 231)*», con riferimento alle operazioni «*artificiosamente*» frazionate, se la suddivisione di un importo pari o superiore ad euro 1.000 dipende da contratti già stipulati tra le parti, di cui si possa avere prova, che prevedono ad esempio rateazioni o somministrazioni, in tal caso i molteplici trasferimenti possono essere intesi come «*prassi commerciale e non elusione*» della normativa antiriciclaggio.

12 Ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. *a*), d.l. n. 16/2012, per «*cittadino straniero*» si intende una persona fisica che non abbia cittadinanza italiana né quella di uno dei paesi dell'Unione europea e dello Spazio economico europeo e risieda al di fuori del territorio dello Stato.

comunicazione preventiva all'Agenzia delle entrate e al rispetto di una serie di obblighi informativi[13] [14].

Se questa è la realtà italiana, che mira a disciplinare ogni singolo aspetto dell'utilizzo del denaro contante nel territorio, quella vaticana (anch'essa oggetto di numerose modifiche), su taluni aspetti risulta molto meno accorta, lasciando scoperte alcune aree che possono compromettere l'efficacia del sistema antiriciclaggio.

Con riferimento al trasporto transfrontaliero di denaro contante, già l'art. 39 della l. n. CXXVII/10 al riguardo prevedeva l'obbligo di dichiarazione in caso di entrata o uscita dallo Stato con denaro contante di importo pari o superiore a quello stabilito a livello comunitario, fornendo poi alcune informazione sul contenuto di tale dichiarazione e rimandando alla normativa secondaria emanata dall'AIF, la quale, con regolamento, aveva fissato in euro 10.000[15] il sorgere dell'obbligo di dichiarazione[16]. Con la legge n.

13 Il Ministero dell'Economia e delle Finanze in data 11 luglio 2012 ha diffuso un documento contenente «*Chiarimenti relativi alla deroga sul limite al contante, introdotta dall'art. 3 del decreto legge 2 marzo 2012, n. 16 convertito, con modificazioni, in legge dalla legge 26 aprile 2012, n. 44, nonché all'art. 51, comma 1, D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, come modificato da ultimo dall'art. 8 , comma 7, del decreto legge 2 marzo 2012, n. 16 convertito, con modificazioni, in legge dalla legge 26 aprile 2012, n. 44*», con il quale è andato ad illustrare le condizioni tali che consentono la deroga di cui all'art. 3 del d.l. n. 16/2012. Merita osservare, inoltre, che con riferimento all'utilizzo del contante da parte dei cittadini stranieri è intervenuto di recente anche il Governo Renzi attraverso il decreto legge del 24 giugno 2014, n. 91, il c.d. "decreto competitività" (convertito, con modificazioni, in legge dell'11 agosto 2014, n. 116), il quale prevedeva un emendamento di deroga a quanto stabilito dall'art. 49, d.lgs. 231/2007 in materia di utilizzo del denaro contante da parte di cittadini comunitari. Infatti, al fine di garantire una maggiore competitività delle aziende italiane rispetto a quelle straniere, le prime ritenute penalizzate rispetto le controparti estere a causa del limite adottato in Italia dei 1.000 euro, il decreto approvato dal Senato in data 25 luglio 2014 contemplava l'inserimento del comma 2 *ter* all'art. 3, d.l. n. 16/2012, ove si stabiliva che per gli acquisti presso gli esercizi di commercio al minuto, gli esercizi di somministrazione di bevande e alimenti e per le prestazioni di trasporto e alberghieri effettuati da parte di persone fisiche cittadine o residenti in uno stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo (come Islanda, Liechtenstein e Norvegia) potesse essere applicata come soglia limite quella stabilita nel Paese d'origine, mentre per i cittadini extracomunitari restava in vigore quanto stabilito dal d.l. 2 marzo 2012, n. 16. Tuttavia, in fase di conversione in legge, questo emendamento è stato soppresso nel passaggio dalla Camera dei Deputati, restando pertanto ancora valide anche per i cittadini comunitari le disposizioni di cui all'art. 49, d.lgs. n. 231/2007 e quindi la soglia dei 1.000 euro.

14 Al riguardo si veda FORTE, *Vendite a soggetti extra-UE: la deroga alle limitazioni all'uso del contante*, in *Corr. tribut.*, 2012, p. 1419 ss.

15 Si ricorda, infatti, che tra gli atti ratificati dal Vaticano a seguito della Convenzione monetaria, vi è il Regolamento (CE) n. 1889/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, «relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nella Comunità europea o in uscita dalla stessa».

16 L'AIF aveva provveduto ad emanare in data 14 novembre 2011 il «*Regolamento n. 2 relativo al trasporto, al seguito di denaro contante e strumenti finanziaria in entrata o in uscita dallo Stato della Città del Vaticano*», contenente la soglia di minima di denaro contante dalla quale sorgeva l'obbligo di dichiarazione e una serie disposizioni da rispettare in caso di entrata o uscita di denaro contante dallo Stato.

CLXVI/12, inoltre, il legislatore vaticano era intervenuto nuovamente sulla questione, completando la disciplina da un lato, ma sollevando questioni di natura meramente contraddittoria dall'altro. Il problema fondamentale dell'art. 39, l. n. CLXVI/12 era rappresentato dal fatto che, diversamente dal testo del 2010, attribuiva il potere decisionale in merito alla fissazione della soglia di denaro da cui scattava l'obbligo di dichiarazione alla Pontificia Commissione, la quale era tenuta a decidere l'ammontare a sua discrezionalità, «*anche sulla base della normativa europea vigente in materia*». Tuttavia, nonostante questa nuova previsione, il Vaticano non aveva provveduto a modificare la rispettiva normativa secondaria, espressione della volontà dell'AIF e soggetto non più autorizzato a decidere sull'argomento[17].

Con la legge n. XVIII/13 è stato ulteriormente regolato questo delicato aspetto della normativa, a cui è dedicato l'intero Titolo VII, cercando di porre rimedio all'incoerenza del precedente testo. Nel rispetto delle disposizioni comunitarie, l'art. 81, co. 1, l. n. XVIII/13, prevede che «*in caso di entrata o uscita dallo Stato con un ammontare di denaro contante*[18] *pari o superiore a euro 10.000 è necessario rilasciare una dichiarazione scritta presso gli uffici del Corpo della Gendarmeria o agli uffici autorizzati dell'Autorità di Informazione Finanziaria*», rimandando poi ai successivi commi e articoli per le modalità di espletamento degli adempimenti, sia in capo al dichiarante sia in capo alle autorità competenti. Pertanto, fissando la soglia direttamente nella norma primaria, il legislatore vaticano ha rimediato alla contraddizione sorta in precedenza, non lasciando più spazio ad eventuali critiche.

Se le contraddizioni sorte inizialmente in merito all'entrate e all'uscita di denaro contante in territorio vaticano sembrano essere ormai risolte, con riferimento, invece, all'utilizzo dello stesso denaro contante in Vaticano, la questione non sembra ancora risolta. La legge n. CXXVII/10 non diceva nulla al riguardo, come pure la normativa secondaria. Solamente con le modifiche apportate dalla legge n. CLXVI/12 il Vaticano ha iniziato ad affrontare la questione prevedendo all'art. 39 *bis,* l. n. CLXVI/12 il compito in capo alla Pontificia Commissione di fissare con proprio regolamento i limiti all'utilizzo del denaro contante, anche sulla base della normativa europea

17 Nella visita *in loco* del Moneyval, avvenuta nel luglio 2012, gli esperti avevano difatti rilevato tale incoerenza, suggerendo al Vaticano di porvi rimedio. Al riguardo si veda Moneyval, *doc. cit.*, p. 82 ss.

18 Per «*denaro contante*» è da intendersi quanto stabilito dall'art. 1, comma 1, n. 7, l. n. XVIII/13, quindi «a) *il denaro contante in senso stretto, incluse le banconote e le monete aventi corso legale;* b) *gli strumenti negoziabili al portatore, compresi gli strumenti monetari emessi al portatore quali* traveller's cheque*; gli strumenti negoziabili, compresi assegni, effetti all'ordine e mandati di pagamento, emessi al portatore, girati senza restrizioni, a favore di un beneficiario fittizio o emessi altrimenti in forma tale che il relativo titolo passi alla consegna; gli strumenti incompleti, compresi assegni, effetti all'ordine e mandati di pagamento, firmati ma privi del nome del beneficiario*».

vigente in materia. Lo Stato della Città del Vaticano per la prima volta ha iniziato così ad entrare nell'ottica di "incanalare le operazioni", adoperarsi affinché tutte le transazioni pari o superiore ad una determinata soglia avvengano per il tramite dei soggetti abilitati, al fine di ridurre il rischio di riciclaggio di denaro sporco. Nonostante le buone intenzioni, però, il problema era rappresentato dalla mancanza di uno specifico regolamento della Pontificia Commissione, non permettendo quindi di giungere ad una pacifica interpretazione sulla soglia adottabile. Infatti, poteva essere considerato come limite quello degli euro 10.000 fissato dal regolamento dell'Autorità di Informazione Finanziaria con riferimento all'entrata e all'uscita di denaro dalle porte vaticane, seppure l'AIF non fosse il soggetto competente. Tuttavia, la stessa legge n. CLXVI/12 comprendeva tra i soggetti sottoposti alle misure antiriciclaggio anche i commercianti di metalli e pietre preziose, in caso di transazioni di importo pari o superiore a 15.000 euro. L'art. 1, co. 1, n. 27, l. n. CLXVI/12 definiva come «*transazione*» la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento, ove per mezzi di pagamento erano da intendersi anche il denaro contante. Inoltre, l'art. 2, co. 3, lett. *e*), della Terza direttiva stabilisce che sono sottoposte alle misure antiriciclaggio anche le persone fisiche e giuridiche che negoziano beni, solamente nel caso di pagamento effettuato in contanti per importi pari o superiori a 15.000 euro, anche per il tramite di operazioni frazionate. Non era chiaro, quindi, se la soglia a cui fare riferimento dovesse essere quella dei 10.000 euro, relativa all'entrata e uscita di denaro contante dal Vaticano, potesse essere mutuata quella dei 15.000 euro prevista per le operazioni intrattenute dai commercianti di metalli e pietre preziose, oppure, visto anche il riferimento alla normativa comunitaria, adottare la soglia dei 15.000 euro in virtù di quanto stabilito dall'art. 1, co. 3, lett. *e*), della Terza direttiva antiriciclaggio, dato che sull'argomento la Pontificia Commissione non aveva espresso alcun parere.

Con la legge n. CXVIII/13 il legislatore vaticano è intervenuto anche su tale questione, stabilendo all'art. 88, co. 1, che il «*Presidente del Governatorato può stabilire con ordinanza il limite di utilizzo di denaro contante all'interno dello Stato*». Il diverso approccio utilizzato rispetto all'art. 39 *bis* è immediatamente percepibile: infatti, oltre ad individuare nel Presidente del Governatorato il soggetto incaricato della decisione, il fattore che rileva è rappresentato dal «*può*». A differenza dell'art. 39 *bis*, ove si stabiliva che la Pontificia Commissione era tenuta a fissare la soglia massima di denaro contante utilizzabile, l'art. 88, l. n. XVIII/13 attribuisce la «possibilità», in capo al Presidente del Governatorato, di individuare un limite all'utilizzo del denaro contante, non il «dovere». Se questa soluzione ha da un lato risolto la lacuna normativa sorta a seguito dell'art. 39 *bis*, in quanto ora non vi è l'obbligo di determinare la soglia, dall'altro consente di utilizzare denaro contante in territorio vaticano senza alcun limite. Tuttavia, alla base vi sono sempre gli *standards* internazionali e la Direttiva 2005/60/CE,

che, come si è visto, all'art. 2, co. 1, n. 3, lett. *e*), individua in 15.000 euro la soglia a partire dalla quale i soggetti che negoziano beni sono sottoposti agli obblighi prevista dalla stessa. Quindi, come nella precedente legge n. CLXVI/12, si presenta, apparentemente e momentaneamente, questo nuovo vuoto normativo dando così spazio a diverse interpretazioni.

Altra particolarità che emerge, soprattutto se confrontata con le rispettive previsioni normative italiane, è l'assenza del riferimento a possibili operazioni frazionate anche nel caso di utilizzo del denaro contante, esponendo ulteriormente il sistema vaticano a possibili attività di riciclaggio di denaro sporco. Non bisogna dimenticare, però, che la legge n. XVIII/13 è di recente introduzione e, come si è visto per le precedenti, è necessario del tempo al fine di sviluppare, attuare e migliorare quanto stabilito nel *corpus* normativo.

Sull'argomento è importante rilevare che lo IOR, il principale istituto finanziario vaticano, di recente ha diffuso le proprie procedure interne in tema di *Cash policy*, seppure queste si riferiscano ancora alle disposizioni di cui agli artt. 39, 39 *bis*, l. n. CLXVI/12. Merita osservare che l'Istituto in materia di utilizzo del denaro contante, al fine di monitorare le operazioni che non avvengono per il tramite di istituti finanziari e, quindi, prevenire il rischio di riciclaggio, oltre ad ottemperare a quanto stabilito dalla stessa normativa, come pure le istruzioni e i regolamenti emanati dall'AIF, di sua volontà attua controlli su tutte le operazioni in contanti di importi pari o superiore ad euro 1.000. Tali controlli, che avvengono allo sportello bancario, comportano per il soggetto richiedente una dichiarazione, in caso di prelievo, sullo scopo di questo nonché il soggetto beneficiario della somma e, nel caso di deposito, l'origine dei fondi e il soggetto di provenienza[19].

Seppure non vi sia ancora una definita previsione in materia di utilizzo del denaro contante, il fatto che comunque lo IOR si impegni a monitorare, nei limiti delle sue possibilità, l'utilizzo del denaro contante, sicuramente aiuta a contrastare operazioni, o tentate operazioni, di riciclaggio.

19 Tutte le informazioni rilasciate sono riportate nei rispettivi moduli di prelievo o deposito, i quali vengono sottoscritti dal cassiere e dalla persona che si presenta allo sportello per l'operazione di cassa.

Osservatorio

Ricerche giuridiche ISSN 2281-6100
Vol. 3 – Num. 1 – Giugno 2014

CORTE D'APPELLO DI VENEZIA, 12 marzo 2013 –
Zoso Presidente ed estensore

Fallimento – Termine annuale *ex* art. 10 l. fall. – Società di fatto – Decorrenza – Necessità di iscrizione nel registro delle imprese – Esclusione
(R.d. 16 marzo 1942, n. 267, art. 10; codice civile, art. 2188, 2193, 2196, 2200, 2297)
***Holding* – Esercizio di attività di holding da parte di più persone – Attività d'impresa – Società di fatto per l'esercizio dell'attività – Sussistenza**
(Codice civile, art. 2082, 2195, 2249, 2497)
***Holding* – Attività d'impresa – Caratteristiche – Spendita del nome – Non necessità**
(Codice civile, art. 2082, 2195)
Società – Direzione e coordinamento – Persona fisica che esercita attività di direzione e coordinamento – Responsabilità – Può sussistere
(Codice civile, art. 2497)
Società – Direzione e coordinamento – Violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale – Perdita del capitale delle società eterodirette – Continuazione dell'attività – Responsabilità di chi esercita attività di direzione e coordinamento – Sussiste
(Codice civile, art. 2484, n. 4, 2485, 2497)

Il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, previsto dall'art. 10 l. fall., trova applicazione anche alle società non iscritte nel registro delle imprese, e decorre dal momento in cui detta cessazione sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o comunque sia stata dagli stessi conosciuta.

L'attività di holding *è attività di impresa e, nel caso in cui sia svolta da più persone fisiche, si crea tra loro una società di fatto, soggetta a fallimento in caso di sua insolvenza.*

L'attività di holding *consiste nell'attività, svolta in modo professionale e organizzato, di controllo e coordinamento delle società partecipate, direttamente o indirettamente, mirante a perseguire risultati economici per la* holding*, causalmente ricollegabili all'attività medesima, ulteriori e diversi rispetto a quelli relativi alle società coordinate e dirette, senza che sia necessaria la spendita formale del nome della* holding.

Anche la persona fisica può essere ritenuta responsabile nei confronti dei soci e dei creditori delle società su cui essa esercita attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell'art. 2497 c.c., per violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Tra le ipotesi di responsabilità del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento per violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale vi è la mancata adozione degli opportuni provvedimenti con conseguente continuazione dell'attività da parte delle

società soggette a direzione e coordinamento quando è integrata la causa di scioglimento di cui all'art. 2484, n. 4 c.c.

Omissis – Esposizione delle ragioni in fatto e in diritto della decisione. Con ricorso depositato il 6 novembre 2012 Zucchetto Ornella proponeva reclamo ex articolo 18 legge fallimentare avverso la sentenza numero 164 pronunciata l'11 ottobre 2012 dal tribunale di Venezia con cui era stato dichiarato il fallimento di Graziano Poles, della società occulta tra Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles nonché, individualmente, dei componenti della predetta società Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles.

Esponeva la ricorrente che il fallimento era stato pronunciato su istanza del fallimento della società Graziano Poles costruzioni piscine Srl in liquidazione, del fallimento della società Sice Srl in liquidazione e del fallimento della società Victory Srl in liquidazione.

Il tribunale aveva dichiarato il fallimento di Graziano Poles, della società occulta tra Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles nonché, individualmente, dei componenti della predetta società Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles rilevando che le società Graziano Poles costruzioni piscine Srl Sice Srl e Victory Srl risultavano di fatto prive di una propria autonoma amministrazione in quanto in realtà erano dirette, controllate e coordinate da Poles Graziano la cui attività verso l'esterno celava però una società irregolare occulta con il coniuge Zucchetto Ornella e con la figlia Poles Daria da cui derivava la responsabilità ex articolo 2497 c.c. nei confronti dei creditori sociali per il danno all'integrità patrimoniale delle società istanti il cui passivo fallimentare riferito alle tre procedure ammontava a circa euro 7.500.000,00.

Con il primo motivo di reclamo esponeva la reclamante che il fallimento non avrebbe potuto essere dichiarato per il decorso del termine annuale di cui all'articolo 10 legge fallimentare e ciò in quanto l'istanza di fallimento era stata depositata in data 28 maggio 2012 e gli istanti assumevano che l'attività di controllo e coordinamento era proseguita fino a tale data con riferimento a società diverse rispetto a quelle fallite e sempre facenti capo alla famiglia Poles. In realtà le società istanti erano state dichiarate fallite oltre un anno prima del deposito dell'istanza di fallimento per cui l'attività di impresa era cessata nel momento in cui erano stati dichiarati i fallimenti delle società istanti.

Per quanto riguardava le altre società, diverse dalle fallite, con riferimento alle quali si era perpetuata l'attività di gestione e coordinamento, esse erano le società Immo.daria Srl, La Piscina Srl e Immobiliare Santa Maria Srl.

Per quanto riguardava la società La Piscina Srl, di cui Poles Daria deteneva le quote per l'80% mentre il restante 20% apparteneva a soggetti estranei alla famiglia Poles, non rilevava il fatto che il sito web della fallita

Graziano Poles costruzioni piscine Srl fosse ancora consultabile e aggiornato con i numeri telefonici e di fax della nuova società poiché la società La Piscina Srl aveva preso in affitto l'azienda della società Graziano Poles costruzioni piscine Srl in data 15 giugno 2009 e, dunque, il sito Web costituiva bene aziendale legittimamente passato all'affittuaria. Inoltre Graziano Poles era legato alla società La Piscina Srl da un contratto di associazione in partecipazione e ciò giustificava il fatto che sul sito Web fosse rinvenibile il suo numero di cellulare.

Per quanto riguardava la società immobiliare Santa Maria Srl, essa era partecipata al 99% dalla società Sice Srl e dell'1% da soggetto estraneo alla famiglia Poles. Sice Srl era stata dichiarata fallita il 10 novembre 2010 ed alla stessa era subentrata la curatela per cui a far data dal 10 novembre 2010 l'attività gestionale non avrebbe potuto essere esercitata a mezzo della società immobiliare Santa Maria Srl.

La società Immo.daria Srl era costituita da Poles Daria quale socia unica e non si comprende in cosa sarebbe consistita l'attività di gestione e controllo da parte di tale società.

Con riferimento ad altre società ancillari quali la Stargest Srl, Mare Invest Srl, Orchidea Srl, Heraclia Pavimenti Srl non era individuabile alcun atto in cui si potesse ravvisare il potere gestorio, di coordinamento e di controllo dell'holder individuale Poles Graziano.

L'esclusione della fallibilità di Poles Graziano per decorso del termine di cui all'articolo 10 legge fallimentare comportava l'inaccoglibilità dell'istanza di fallimento riferita ai di lui asseriti soci occulti, Zucchetto Ornella e Poles Daria.

Il tribunale, con la sentenza reclamata, non aveva indicato atti di gestione compiuti nell'ultimo anno prima della dichiarazione di fallimento ad eccezione dell'attività di impresa compiuti dalla società La Piscina S.r.l. e, tuttavia, si trattava di attività riferibili esclusivamente a tale società mentre l'attività di controllo esercitata tramite la società Santa Maria s.r.l., se pure vi fosse stata, avrebbe avuto termine con l'ultimo fallimento dichiarato, vale a dire con quello di Sice Srl in liquidazione in data 10 novembre 2010.

Con il secondo motivo di reclamo deduceva la reclamante l'insussistenza del credito preteso dagli istanti. Invero il passivo dei tre fallimenti, ammontante ad euro 7.500.000, derivava dall'obbligazione ex art 2497 c.c. di fonte extra contrattuale ed il diritto era prescritto in quanto le operazioni intercorse tra Graziano Poles costruzioni piscine Srl e Steffy S.r.l. erano avvenute tra il 2001 e il 2006 mentre il danno derivato dai rapporti di finanziamento tra Sice Srl ed Immobiliare Santa Maria s.r.l. erano intercorsi nell'anno 2003.

Inoltre il credito evidenziato non era certo e gli istanti non avevano provato l'esistenza del fatto illecito giuridicamente rilevante, e neppure il danno ed il nesso di causalità tra fatto e danno.

Con il terzo motivo di reclamo deduceva la reclamante che non era con-

figurabile una *holding* di fatto perché mancavano gli elementi sintomatici tipici elaborati dalla giurisprudenza con riguardo a tale società. In particolare difettava la stabile organizzazione dei fattori produttivi, la *holding* non aveva mai agito spendendo il nome di Poles Graziano il quale non aveva mai agito in proprio ed ogni transazione era stata effettuata a nome delle diverse società. Dunque non di *holding* si trattava ma, caso mai, della fattispecie del socio tiranno il quale non aveva agito in nome proprio ma unicamente attraverso gli organi societari.

Non avevano rilievo, poi, al fine di affermare l'esistenza di una *holding* occulta, le fideiussioni prestate personalmente da Poles Graziano e Zucchetto Ornella a garanzia dei finanziamenti erogati in favore delle società fallite. Ed erroneamente il tribunale aveva ritenuto che nel corso degli anni Immo.daria s.r.l. avesse accumulato un proprio patrimonio immobiliare divenendo una sorta di cassaforte del patrimonio via via accumulato attraverso l'attività di *holding* della società di fatto intercorrente tra i componenti della famiglia Poles.

Invero la società Immo.daria Srl aveva acquistato del tutto regolarmente vari immobili negli anni 2001, 2004, 2006 e 2008 sicché era mancata la prova che dall'attività di holder fosse derivata un'utilità aggiuntiva in capo alla società stessa.

Si costituivano il fallimento di Graziano Poles, della società occulta tra Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles nonché, individualmente, dei componenti della predetta società Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles chiedendo il rigetto del reclamo e si costituivano altresì il fallimento della società Graziano Poles costruzioni piscine Srl in liquidazione, il fallimento della società Sice Srl in liquidazione ed il fallimento della società Victory Srl in liquidazione chiedendo anch'essi il rigetto del reclamo.

Alla causa venivano riunite le due cause instaurate da Poles Graziano e Poles Daria aventi ad oggetto la revoca del fallimento dichiarato con sentenza n. 164/2012 del tribunale di Venezia.

Intervenuto il pubblico ministero con deposito di memoria e documenti ed avuta la discussione delle parti, la corte si riservava di decidere.

Preliminarmente rileva la corte che non sussiste la dedotta inammissibilità del ricorso, a norma dell'art. 342 c.p.c. per difetto di specifica enunciazione delle parti della sentenza che la parte ha inteso impugnare o dell'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione di legge.

Invero si deve considerare che l'opposizione al fallimento costituisce un mezzo di impugnazione con il quale viene avviato un processo di cognizione di primo grado cui vanno, tuttavia, applicate le norme del secondo libro del c.p.c. relative al processo di impugnazione e, nei tre atti di opposizione proposti dai reclamanti, i motivi di doglianza e le questioni sottoposte al giudizio della corte appaiono delineati in maniera chiara sì da consentire l'analisi degli stessi.

Nel merito si osserva che l'istanza di fallimento proposta dal fallimento

Graziano Poles costruzioni piscine Srl in liquidazione, dal fallimento della società Sice Srl in liquidazione e dal fallimento della società Victory Srl in liquidazione era volta alla dichiarazione del fallimento di Poles Graziano nonché della società occulta intrattenuta con la moglie Zucchetto Ornella e con la figlia Poles Daria ai sensi dell'art. 147, comma quinto, ipotizzandosi una società di fatto tra i soci che, attraverso la costituzioni di varie altre società, svolgeva la funzione di holder delle società fallite rendendosi responsabile nei confronti delle stesse del danno prodotto ai sensi dell'art. 2497 c.c..

È stata sollevata la questione del decorso dell'anno dalla cessazione dell'impresa da parte di Poles Graziano o della società di fatto di talché, a norma dell'art. 10 L.F., il fallimento non potrebbe più essere dichiarato.

Ora, va considerato che il principio secondo cui il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, prescritto dall'art. 10 della legge fallimentare ai fini della dichiarazione di fallimento, decorre, tanto per gli imprenditori individuali quanto per quelli collettivi, dalla cancellazione dal registro delle imprese, anziché dalla definizione dei rapporti passivi, non esclude l'applicabilità del predetto termine anche alle società non iscritte nel registro delle imprese, nei confronti delle quali il necessario bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela dei creditori e di certezza delle situazioni giuridiche impone d'individuare il "dies a quo" nel momento in cui la cessazione dell'attività sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, o comunque sia stata dagli stessi conosciuta, anche in relazione ai segni esteriori attraverso i quali si è manifestata (cfr. Cass. 18618/2006 e Cass. 6199/2009).

Nel caso che occupa si ipotizza che l'attività della società di fatto holder sia stata esercitata a mezzo di varie società tra le quali La piscina s.r.l. costituita nel 2009, quasi in concomitanza con la messa in liquidazione della società Graziano Poles s.r.l., tra Poles Daria, socia all'80%, e soggetti terzi. Tale società risulta amministrata da Poles Daria ma risulta altresì che Poles Graziano continua ad operare all'interno della stessa, ancorché dietro il paravento del contratto di associazione in partecipazione, sia perché il suo numero di cellulare è indicato sul sito web che pubblicizza l'attività della società sia in quanto risulta dai documenti allegati alla memoria depositata dal procuratore generale che egli è stato fermato dalla guardia di finanza alla frontiera con la Slovenia ed è stato trovato in possesso del timbro della società La Piscina s.r.l, di documentazione contrattuale e di appunti che documentano come lo stesso continui ad ingerirsi nella gestione dei lavori e degli appalti conseguiti dalla società stessa.

Pertanto l'attività di Poles Graziano, sia considerato come persona fisica che come socio della società di fatto formata con Zucchetto Ornella e Poles Daria ha continuato a manifestarsi all'esterno fino all'attualità, determinando nei terzi la percezione della continuità dell'attività esercitata dal gruppo Poles nel campo edilizio.

L'eccezione è, dunque, infondata.

Nel merito osserva la corte che il credito per la tutela del quale le società fallite hanno proposto istanza di fallimento nei confronti di Poles Graziano e della società di fatto costituita tra il medesimo, Zucchetto Ornella e Poles Daria si fonda sulla norma di cui all'articolo 2497 c.c. che prevede la responsabilità delle società o degli enti i quali, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società medesime.

Soggetti legittimati ad esercitare tale azione risarcitoria sono i soci delle società dominate ed i creditori di queste nonché il curatore, il commissario liquidatore e il commissario straordinario nei casi rispettivamente di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria e l'azione è concessa nel caso di una lesione cagionata all'integrità del patrimonio delle società.

La natura della responsabilità nascente dall'articolo 2497 c.c. è stata oggetto di dibattito dottrinale ma la relazione governativa e la più recente giurisprudenza (Cass. 28.2.2012 n. 3003) propendono per la natura aquiliana della responsabilità in questione, essendo essa riconducibile alla clausola generale dell'art. 2043 c.c., per essere l'autore dell'illecito estraneo al contratto sociale e per non essere configurabile l'inadempimento di specifiche obbligazioni gravanti sulla società o sull'ente che ha cagionato il danno; ne consegue che la parte danneggiata ha l'onere di provare tutti gli elementi, oggettivo e soggettivo, della fattispecie dannosa.

E mette conto osservare che la norma richiede una valutazione che non si limiti alla singola operazione ma si spinga a verificare in generale il risultato dell'intera attività di direzione e coordinamento rispetto all'interesse della società controllata.

Da ciò consegue che, poiché il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dal fatto illecito inizia a decorrere solo quando il danno si è concretamente prodotto e manifestato, il dies a quo non può che identificarsi nella dichiarazione di fallimento delle società controllate in considerazione del fatto che il singolo atto di gestione che, di per sé solo considerato, potrebbe considerarsi lesivo dell'interesse della società, potrebbe non esserlo più all'esito della gestione complessiva soprattutto laddove la società mantiene stretti rapporti con altre e dal compimento di un atto momentaneamente svantaggioso ritiene di poter trarre una utilità futura.

Ne consegue che l'obbligazione risarcitoria nascente dall'attività di direzione e controllo non può ritenersi estinta per prescrizione, contrariamente a quanto sostengono i reclamanti.

In ordine al fatto che non sarebbe configurabile la responsabilità derivante dall'articolo 2497 c.c. in capo a Poles Graziano quale imprenditore individuale, osserva la corte che la norma di cui al citato articolo, così come interpretata dall'articolo 19, comma sesto, del decreto legge 1 luglio 2009

numero 78 convertito in legge 3 agosto 2009 numero 102, è riferita, per quanto concerne gli "enti" ai soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria.

Peraltro si sostiene in dottrina che la norma di interpretazione autentica va, interpretata, a sua volta, nel senso che nell'ampia categoria degli "enti" non rientrerebbe solo lo Stato, per il che non sarebbe esplicitamente escluso l'imprenditore individuale.

La questione, tuttavia, non appare avere rilievo nel caso che occupa, considerato che, per le ragioni che si vanno ad esporre, l'attività di direzione e coordinamento non è stata esercitata da Poles Graziano come imprenditore individuale ma quale socio ed amministratore della società di fatto intrattenuta con la moglie e con la figlia.

Secondo la ricostruzione dei fatti operata dalle procedure che hanno chiesto il fallimento di Poles Graziano (e della società occulta costituita con Zucchetto Ornella e Poles Daria) il Poles ha agito nei confronti delle società controllate e dei terzi quale holder individuale ma, al fine di poter espletare tale sua attività di controllo, si è avvalso dello strumento della società di fatto con Zucchetto Ornella e Poles Daria in quanto queste ultime, partecipando quali socie alle varie società del gruppo ed assumendo, in taluni casi, la veste di amministratore, hanno consentito di operare flussi di liquidità e di trasferire beni immobili a favore di talune società abbandonandone altre (quelle depauperate) al loro destino con buona pace dei creditori ed, in particolar modo, delle banche che avevano concesso finanziamenti dietro prestazione di fideussioni da parte di Poles Graziano e Zucchetto Ornella, rivelatisi poi essere privi di beni immobili per averli ceduti alla società Immo.daria s.r.l. di cui Poles Daria risulta unica socia.

Ora, è ben noto che la giurisprudenza di legittimità ammette da tempo la configurabilità della *holding* personale (si vedano la ben nota sentenza numero 1439/90 c.d. "sentenza Caltagirone", la n. 12113/2002 e la n. 3724/2003), che ricorre quando una persona fisica, attraverso la partecipazione ad una o più società di cui detenga le quote, esorbitando dai limiti che la partecipazione in qualità di socio gli consente, esercita il controllo e la gestione delle società medesime (*holding* pura), ovvero ne procuri il finanziamento (*holding* operativa). E perché chi opera in forma di *holding* personale sia qualificabile come imprenditore occorre: a) che egli agisca in nome proprio affinché la sua attività sia fonte di responsabilità diretta; b) persegua un risultato economico collegabile alla detta attività; c) operi in maniera professionale e cioè in maniera abituale e non occasionale attraverso un'organizzazione, cioè mediante il coordinamento dei fattori produttivi.

Quanto al primo di tali requisiti, si osserva che dai documenti prodotti dalle procedure istanti si evince che Poles Graziano ha agito in nome proprio anche quando non era amministratore delle società nei confronti delle quali si sarebbero prodotti gli effetti dei contratti che stipulava. In-

vero il 19 marzo 2008 Poles Graziano ha stipulato un atto di transazione tra Victory srl e La bottega dei sogni s.a.s. per conto di Victory quando amministratore risultava essere Zucchetto Ornella; ha stipulato l'accordo transattivo del 20 gennaio 2009 tra Sice e Asfalti Busco s.r.l.; il contratto di appalto tra Sice e Mosole S.p.A. in relazione all'immobile di Spresiano; il contratto di appalto 9 febbraio 2007 tra Sice e Sil campeggi; lo scioglimento del contratto di appalto 7 aprile 2030 tra Immobiliare Santa Maria Srl e immobiliare Vanessa Srl con la partecipazione di Sice Srl; in tali contratti Poles Graziano ha agito per conto di Sice apponendo la propria firma per conto di Sice quando invece il legale rappresentante era Zavattin Sonia.

Inoltre nella comparsa di costituzione depositata nella causa tra Sice e Immobiliare Santa Maria il 21.9.2011 si legge che Poles Graziano effettuava per il tramite della società Sice, in allora rappresentata da Zavattin Sonia, l'acquisto delle quote di immobiliare Santa Maria … .

Dunque in svariate occasioni il Poles ha agito nei confronti dei terzi dimostrando di essere colui che assumeva le decisioni riguardanti le varie società e che aveva il potere di impegnarle non trovando ostacolo nella compagine sociale delle stesse.

Quanto alla economicità dell'impresa, ossia al perseguimento da parte del Poles e della società di fatto di cui era socio di un autonomo fine di lucro, distinto da quello delle società che allo stesso od alle socie facevano capo, la ricostruzione dei fatti, peraltro mai contestati, che si va ad esporre rivela la fondatezza dell'assunto degli istanti, ovvero che esisteva una vera e propria attività di coordinamento delle diverse imprese, finalizzata al perseguimento di un risultato economico ulteriore rispetto a quello raggiunto dalle singole società, ma esterno ad esse, in quanto afferente al gruppo costituito dalla *holding* di famiglia.

Le società fallite sono Graziano Poles costruzioni piscine S.r.l., Sice Srl e Victory Srl, già Steffy Srl.

La società Graziano Poles costruzioni piscine S.r.l. era composta da Poles Graziano, Zucchetto Ornella e Zavattin Sonia, mentre Graziano Poles ne era l'amministratore.

La Sice Srl aveva la medesima compagine sociale ed era amministrata da un consiglio di amministrazione di cui Graziano Poles era presidente.

La Victory Srl, già Steffy Srl era composta da Poles Graziano costruzioni piscine S.r.l. quale socio al 98,60% mentre le restanti quote erano intestate a terzi.

La Immo.daria Srl è stata costituita nel 1999 da Graziano Poles e Zucchetto Ornella con amministratore Zucchetto Ornella; nel 2007 le quote sono state cedute a Poles Daria che è divenuta unica socia.

La società La piscina Srl è stata costituita nel 2009 da Poles Daria, che è l'amministratrice e detiene l'80% delle quote.

L'immobiliare Santa Maria s.r.l. è stata costituita nel 2001 e soci erano Sice s.r.l. al 99% mentre l'1% apparteneva a soggetto estraneo.

La società Co.immo Srl è stata costituita nel 1995 da Graziano Poles e Zucchetto Ornella con Graziano Poles amministratore.

La società Esmeralda Srl è stata costituita nel 2004 con soci Poles, Barzan, Franceschetto.

La società Mare Invest Srl è stata costituita nel 2006 con socio al 20% Poles Graziano; la quota del 60% è detenuta da Stargest Srl di cui Poles Daria detiene la quota del 20%.

Orchidea Srl è stata costituita al 25% da Graziano Poles, il quale ha ceduto la quota a Poles Daria nel 2007.

La società Heraclia Srl aveva come socio al 30% Graziano Poles, il quale nel 2008 ha ceduto la quota a Poles Daria.

Risulta che alla società Immo.daria s.r.l. è stato venduto nel 2001 l'immobile sito in Eraclea di proprietà di Graziano Poles; nello stesso anno la società Co.immo Srl ha venduto a Immo.daria s.r.l. 12 appartamenti con garage siti in Eraclea; nel 2004 Immobiliare Santa Maria Srl ha venduto a Immo.daria s.r.l. due appartamenti con garage in San Donà di Piave; nel 2006 Esmeralda Srl ha venduto a Immo.daria s.r.l. due appartamenti con garage siti Eraclea; nel 2008 Mare Invest Srl ha venduto a Immo Daria un appartamento con garage in Eraclea; nel 2008 Zucchetto Ornella ha venduto a Immo.daria s.r.l. la propria quota dell'immobile sito in Eraclea.

Gli immobili che Esmeralda Srl e Santa Maria Srl hanno ceduto a Immo. daria s.r.l. stati costruiti a seguito di contratti di appalto stipulati con Sice s.r.l. e Graziano Poles costruzione piscine s.r.l..

Nel 2002 Graziano Poles costruzioni piscine s.r.l. ha stipulato un contratto d'appalto con Steffy Srl (poi Victory s.r.l.) per la costruzione di un albergo; Steffy Srl, quale committente, è divenuta creditrice della somma di euro 1.303.675,87 e di ulteriori a euro 216.139,28 per finanziamento soci ed euro 1.812.233,75 per finanziamenti per cassa. A fronte di tali crediti Graziano Poles costruzioni piscine S.r.l. ottiene € 565.000,00 mentre non risultano pagati gli altri creditori.

La società Sice s.r.l. risulta aver effettuato finanziamenti in qualità di socio della società Santa Maria s.r.l. nel 2003 per euro 1.123.082,00 e di aver ottenuto il rimborso di soli euro 320.000,00 grazie al finanziamento ottenuto da Santa Maria s.r.l. nel 2008 da parte della banca di San Gimignano e San Prospero.

Santa Maria s.r.l. il 5 giugno 2009 ha stipulato con Immo.daria s.r.l. un preliminare di cessione di quote e solo due mesi dopo le parti (amministratore di Santa Maria s.r.l. era Poles Graziano) hanno risolto il contratto con incameramento della caparra da parte di Immo.daria s.r.l. per euro 50.000,00.

Graziano Poles costruzione piscine s.r.l. ha stipulato contratti di appalto con Sice s.r.l. ma, di fatto, la prima, che era priva di personale, ha stipulato contratti di subappalto con imprese di Caserta alle quali ha versato per cassa ingenti somme di denaro (sono in corso accertamenti da parte dell'A-

genzia delle entrate sulle imprese di Caserta per emissione di fatture false).

Sice s.r.l., a sua volta, ha ottenuto il denaro necessario per pagare i contratti di appalto stipulati con Graziano Poles costruzione Piscine s.r.l. grazie a fideiussioni prestate da Zucchetto Ornella e Graziano Poles.

La società Immo.daria s.r.l., grazie agli acquisti immobiliari effettuati intercompany, ha ottenuto finanziamenti con cui ha effettuato rimborsi dei finanziamenti soci apparentemente eseguiti da Poles Graziano, Zucchetto Ornella e Poles Daria benché essi fossero postergati ad altri crediti.

Da tali fatti emerge inequivocabilmente, a giudizio di questa corte, che esisteva una società di fatto tra Poles Graziano, Zucchetto Ornella e Poles Daria ove ciascuno dei soci agiva al fine comune di perseguire lo scopo di lucro.

Nessuno dei soci aveva un ruolo meramente passivo, non il Poles che agiva nei confronti dei terzi, e neppure Zucchetto Ornella che amministrava la Victory s.r.l., faceva parte del consiglio di amministrazione di Sice s.r.l. e si era prestata a rilasciare fideiussioni a favore di Graziano Poles Costruzione Piscine s.r.l. e Sice s.r.l. non per solidarietà familiare verso il coniuge ma allo scopo di ottenere i finanziamenti che si sarebbero tradotti in utili per la società di fatto cui corrispondeva il depauperamento delle società garantite; infine un ruolo attivo nella società di fatto ha assunto Poles Daria, la quale non solo è divenuta socia unica della Immo.daria s.r.l. cui sono pervenuti a vario titolo gli immobili, ma ha lucrato euro 50.000,00 in danno della Immobiliare Santa Maria s.r.l. a mezzo della stipula del preliminare del 5.6.2009 risolto soli due mesi dopo; infine, nella qualità di amministratore della società La Piscina s.r.l., ha acconsentito che il padre, dietro il paravento del contratto di associazione in partecipazione, continuasse a gestire l'attività d'impresa della società di fatto.

La società di fatto, dunque, abusando delle società di cui i suoi soci erano pure soci o amministratori, ha consentito la realizzazione di utili che si sono concretizzati, in parte, in immobili trasferiti alla società Immo.daria s.r.l..

Basti pensare che la società Santa Maria s.r.l. ha beneficiato del finanziamento soci da parte di Sice s.r.l. per euro 1.123.082,00 nel 2003 e che ha ceduto ad Immo.daria s.r.l. alcuni tra gli immobili realizzati nel 2004; inoltre Immo.daria s.r.l. ha ritratto l'utile indebito di € 50.000,00 in danno di Immobiliare Santa Maria s.r.l. grazie al contratto preliminare di cessione di quota, poi risolto, stipulato al solo fine di incamerare la caparra.

Graziano Poles ha, verosimilmente, incamerato in proprio ingenti somme apparentemente versate ai subappaltatori e derivanti dai finanziamenti ottenuti da Sice s.r.l. grazie alle fideiussioni prestate da Graziano Poles stesso e da Zucchetto Ornella ben sapendo che le fideiussioni non sarebbero state onorate (gli immobili a loro intestati sono stati ceduti ad Immo.daria s.r.l.).

Risulta, insomma, che Immo.daria Srl è intestataria non solo dei beni immobili pervenuti dalle società del gruppo cui erano state orientate le liquidità ottenute grazie ai finanziamenti alle società fallite ma anche dei beni immobili dei fideiussori Graziano Poles e Zucchetto Ornella i quali,

essendosene spogliati, non hanno potuto pagare in qualità di fideiussori i debiti di Sice s.r.l. e di Graziano Poles costruzioni piscine s.r.l..

E tutta tale attività risulta essere stata svolta a mezzo di una stabile organizzazione costituita dagli immobili del gruppo siti in Eraclea, ove ha sede Immo.daria s.r.l., e, da ultimo, dalla società La piscina Srl, sorta sulle ceneri di Graziano Poles costruzione piscine S.r.l., la quale opera con organizzazione di mezzi anche pubblicitari ed avvalendosi di un timbro che, come è emerso dalle indagini effettuate dalla procura della repubblica, viene utilizzato anche da Poles Graziano.

Il danno esposto dalle procedure istanti, corrispondente ai debiti di natura tributaria e fiscale che costituiscono la maggior parte del passivo, per tutte le ragioni esposte deriva, se non completamente almeno in parte, dall'avere Poles Graziano, quale socio della società di fatto composta anche da Zucchetto Ornella e Poles Daria, agito nell'interesse della società stessa in violazione della corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società di cui egli aveva la direzione ed il coordinamento.

E non si comprende, poi, per quale ragione i reclamanti ravvisano la mancanza della dualità necessaria tra controllato e controllante dal momento che si tratta di rapporti tra una società di fatto (la controllante) e società di capitali (le controllate) laddove peraltro, con riguardo a Sice s.r.l. e Victory s.r.l. la qualità di amministratore neppure fa capo direttamente e formalmente a Graziano Poles.

Per tutte tali ragioni i reclami riuniti vanno rigettati.

Le spese processuali, liquidate come del dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M. – La Corte d'Appello di Venezia, pronunciando in via definitiva nelle cause riunite promosse da Poles Graziano, Zucchetto Ornella e Poles Daria contro il Fallimento di Graziano Poles, della società occulta tra Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles, dei componenti della predetta società Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles, così provvede:

rigetta i reclami;

condanna i reclamanti in solido a rifondere ai convenuti le spese processuali di questo grado di giudizio, che liquida in euro 5.400,00 per la fase di studio, in euro 2.700,00 per la fase introduttiva ed in euro 6.750,00 per la fase decisoria, oltre agli accessori di legge.

Ricerche giuridiche, 3, 1, 2014, pp. 143-168 **ISSN 2281-6100**

Il fallimento della *holding* (società di fatto) per insolvenza da responsabilità risarcitoria *ex* art. 2497 c.c.

Andrea Zorzi
(Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract Italian courts use various techniques to address misuse of corporate assets, systematic syphoning and extreme opportunistic behaviour by controlling shareholders. In this case, the Court decides that the controlling shareholder and shadow director, his wife and the daughter of the couple, formed a holding partnership. It then uses a new rule on controlling shareholders' liability for wrongful control (article 2497 of the Civil Code) to impose liability on this partnership. Finally, it finds that the partnership is insolvent because of the burden of the debt for damages under article 2497 and hence declares the partnership's bankruptcy. This note addresses the issues arising from this line of reasoning and the dangers of a doctrine which basically transforms liability for damages under article 2497 into a short way to bankruptcy. More specifically, the note examines the conditions which must be met so that the controlling entity can be qualified as an "entrepreneur" under the Italian bankruptcy code and the problem of how to assess damages for wrongful control under article 2497, along with various other miscellaneous issues.

1 La vicenda all'esame della corte d'appello

La corte d'appello conferma la decisione con cui il tribunale di Venezia aveva dichiarato il fallimento della società di fatto che svolgeva attività di *holding* su una serie di società di capitali fallite[1]. Si tratta di una decisione che si inserisce in una crescente corrente volta a sanzionare dei comportamenti genericamente definibili di "abuso della personalità giuridica" (con tutte le ambiguità connesse a tale espressione); abuso normalmente in danno di una specifica categoria di creditori, ovvero il fisco e gli enti previdenziali. La tecnica di repressione, come si vedrà, pur avendo dei pregi, suscita dei problemi che dovrebbero indurre a farne un uso molto attento.

Ringrazio Lorenzo Stanghellini.

1 La sentenza del Trib. Venezia, 11 ottobre 2012, è pubblicata in *Società*, 2013, p. 84 (solo m.) e in *Fallimento*, 2013, p. 125 (solo m.) nonché in *Il Fallimentarista*, 24 maggio 2013.

Nel caso specifico, i curatori fallimentari di tre società partecipate e amministrate dalle stesse persone – l'imprenditore, sua moglie e una dipendente delle società –, affermando la sussistenza di un credito delle rispettive procedure per il danno da abuso di direzione e coordinamento, chiedono che sia dichiarato il fallimento dell'imprenditore stesso come *holding* persona fisica nonché della società occulta o di fatto costituita dall'imprenditore, la moglie e la figlia. L'intento finale parrebbe quello di aggredire il patrimonio delle società immobiliari di famiglia, nelle quali era confluito il patrimonio familiare e le cui quote erano state donate dai genitori alla figlia. Il tribunale si era trovato dinanzi a una storia di fallimenti pregressi e – stando a quanto risulta dalla motivazione – a molteplici atti sintomatici della confusione tra le diverse società, sia dal punto di vista patrimoniale, sia dal punto di vista amministrativo (l'imprenditore interviene sistematicamente, in carenza di poteri, per firmare per società di cui non era formalmente investito di alcuna carica); di atti apparentemente distrattivi che, se esistenti, integrerebbero pacificamente fattispecie di bancarotta fraudolenta.

La particolare configurazione data alla vicenda nelle domande di estensione dei fallimenti (almeno da quanto risulta dalla decisione di primo grado) influisce sul percorso argomentativo della sentenza di fallimento. Essa, infatti, si fonda – così espressamente nel dispositivo – sull'art. «147, comma 4° e 5°» della legge fallimentare: il tribunale accerta lo svolgimento dell'attività di *holding* riferita a un imprenditore individuale "palese" (il signor Poles) e ne accerta l'insolvenza (in virtù del debito risarcitorio da attività di direzione e coordinamento, come si vedrà), dichiarandone conseguentemente il fallimento. Successivamente (dal punto di vista logico), accerta che in realtà l'attività del signor Poles non è riferibile a lui come imprenditore individuale, ma a una società occulta composta da lui, da un lato, e dalla moglie e alla figlia, dall'altro, come socie occulte della società occulta. Accertata, infine, l'insolvenza anche della società occulta, sempre in virtù del medesimo credito, dichiara il fallimento della società e, per effetto di esso, dei soci (Poles, moglie e figlia).

La sentenza della corte d'appello, invece, non si incentra specificamente sui co. 4 e 5 dell'art. 147 l. fall. e il risultato è una motivazione più lineare. Come si vedrà, essa si limita ad accertare lo svolgimento di attività d'impresa (attività di *holding*) in capo a una società di fatto (non quindi a una società occulta) composta dai tre membri della famiglia, pur con qualche "ritorno" alla condotta di Poles come unica condotta con rilevanza esterna, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

Sul debito da cui origina l'insolvenza le decisioni sono succinte e affrontano il tema soprattutto dal punto di vista della legittimazione dell'istante, ma esso è comunque presente nella discussione. Non così, invece, per il requisito dell'organizzazione, che sembra del tutto assorbito nella nozione di professionalità. Sui due temi si tornerà subito.

2 Il fallimento di chi esercita l'attività di impresa *holding*

Il percorso logico che conduce alla dichiarazione di fallimento della holding-società di fatto richiede, preliminarmente, la qualificazione dell'attività svolta dalla persona (o dalle persone) al centro della costellazione di società[2] non come attività di mera detenzione di partecipazioni, ma come attività di gestione attiva delle partecipazioni e, come tale, attività d'impresa[3].

In secondo luogo, eventualmente, è necessario ricondurre l'attività di *holding* svolta alla società di fatto composta dalle persone fisiche[4].

In terzo luogo, è necessario individuare il debito di cui debba rispondere chi esercita l'impresa *holding* (imprenditore individuale o società); debito che, nel caso di specie, è individuato nel debito da «violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria» da parte di chi esercita l'impresa *holding* (imprenditore individuale o società), sul necessario presupposto (ritenuto in questo caso esistente) che chi esercita l'impresa *holding* stia anche esercitando attività di direzione e coordinamento[5].

A questo punto, se viene accertata l'insolvenza della società di fatto che esercita l'attività di *holding*, diviene inevitabile dichiarare il fallimento di chi esercita l'impresa *holding*, imprenditore individuale o società e, in quest'ultimo caso, dei suoi soci illimitatamente responsabili.

Difficilmente si sarà, peraltro, in presenza della situazione disciplinata dall'art. 147, co. 5, l. fall., secondo cui si procede alla dichiarazione di falli-

2 Questa "costellazione" può costituire un vero e proprio gruppo di società o, invece, essere un cosiddetto "gruppo informale", in cui non vi è una società capogruppo e, invece, tale ruolo è svolto da una o più persone fisiche tra loro collegate da rapporti di natura personale.

3 Sul punto v. anche *infra*, par. 3.

4 Circa la *holding* persona fisica o società di fatto in giurisprudenza v. Cass. 9 agosto 2002, n. 12113; Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439 (caso Caltagirone), edita in moltissimi luoghi (v. per alcuni la nt. 15) nonché di recente, sia pur senza grande approfondimento, Cass., S.U., 29 novembre 2006, n. 25275 e Cass., 18 novembre 2010, n. 23344, in *Fall.*, 2011, p. 565, con nota di SIGNORELLI, *Società di fatto,* holding *e fallimento* (ivi riferimenti, spec. a p. 569).

Nella giurisprudenza di merito v. le recenti decisioni del Trib. Milano, 20 dicembre 2013, in Eutekne, con nota di FIMMANÒ, *Sulla responsabilità da abuso di direzione e coordinamento* (caso Fondiaria SAI / Ligresti); Trib. Torre Annunziata, 18 marzo 2013, in `ilcaso.it`, Sez. Giurisprudenza, 8698 (2013); Trib. Milano, 11 aprile 2011, in *Fall.*, 2011, p. 1229, con nota di MENTI, *Fallisce un'altra* holding *personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto* (caso Lele Mora); Trib. Ancona, 10 agosto 2009 e App. Ancona, 5 marzo 2010, entrambe in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 633, con nota di PRESTIPINO, *Brevi osservazioni sulla fallibilità della* holding *individuale* (ove condivisibili critiche al criterio dell'imputazione delle obbligazioni sociali delle controllate alla *holding* e ove – v. p. 648, nt. 2 e 3, ulteriori riferimenti); App. Napoli, 24 gennaio 2012, in *Il Fallimentarista*, 8 novembre 2012; App. Milano, 17 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, p. 169, con nota di PENTA, *La fallibilità dell'*holder *persona fisica*.

5 Il debito potrebbe essere anche di diversa natura: per esempio, e tipicamente, per fideiussioni e altre garanzie rilasciate in favore di società del "gruppo".

mento dei soci illimitatamente responsabili «*qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile*», perché molto raramente vi sarà una espressa auto-attribuzione della qualificazione di imprenditore individuale da parte di una persona fisica che svolge l'attività di *holding*. Normalmente, invece, la qualificazione dell'attività come di tipo imprenditoriale sarà effettuata dal giudice indipendentemente dalla presenza di indici formali che possano indurre a una "pre-valutazione" nel senso dell'attività svolta dall'imprenditore individuale, cui poi consegua il diverso accertamento di cui all'art. 147, co. 5, l. fall.[6]. Di conseguenza, il giudice, rilevato lo svolgimento di attività imprenditoriale da parte di alcune persone, procederà direttamente all'imputazione di quest'attività alla società di fatto da loro costituita, contestualmente rilevando l'esistenza, appunto, di una società di fatto (che in tanto esiste in quanto sia svolta attività imprenditoriale)[7]. In altri termini, il giudice procederà non a "estendere" il suo accertamento dall'imprenditore individuale alla società, ma ad accertare l'esistenza di una società di fatto[8]; la cognizione del giudice si dovrà svolgere in una sorta di zona ambigua tra accertamento dell'esistenza di una società di fatto (che richiede, perché possa esservi società, l'esercizio in comune dell'attività d'impresa) e accertamento dell'esercizio dell'attività d'impresa stessa[9].

La sentenza di primo grado e quella d'appello seguono, sul punto, impostazioni in parte differenti, come si è accennato sopra. Il tribunale parte dall'idea che vi sia un imprenditore individuale che si manifesta all'esterno in quanto tale, ma che nasconde però, dietro di sé, una società occulta, composta di moglie e figlia dell'imprenditore. Di conseguenza, il tribunale si trova nella necessità di giustificare l'imputabilità anche a una persona fisica (l'imprenditore individuale, appunto) del danno da direzione e co-

6 Come accade, invece, nel caso – normale nella prospettiva dell'art. 147, co. 5, l. fall. – in cui vi sia un imprenditore individuale regolarmente iscritto nel registro delle imprese ma poi emerga che, in realtà, egli è socio di una società occulta.

7 Com'è noto, la legge si riferisce, in realtà, allo svolgimento di attività «economica» (art. 2247 c.c.), ma la dottrina conviene sul fatto che i casi di società senza impresa siano del tutto marginali: v. per es. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*[8], Torino, 2014, p. 11 ss.

8 La non sempre facile distinguibilità tra il procedere in base al co. 5 o, invece, al co. 1 dell'art. 147 l. fall. si pone anche in tema di fallimento della società di fatto cui partecipino società di capitali (v. *infra* nel testo, nonché nt. 13; e v. le notazioni di Dell'Osso, *La supersocietà di fatto (tra società di capitali) al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 322 ss., partic. p. 331 ss.

9 V. anche Trib. Torre Annunziata, 18 marzo 2013, cit.: «*per dimostrare la sussistenza di una* holding *di fatto è sufficiente la prova dell'esistenza di un'organizzazione semplice e rudimentale, e ciò in quanto la* holding *svolge un'attività che si esplica in sostanza nella sola predisposizione delle linee pianificatorie strategiche e nella loro comunicazione alle società satellite*».

ordinamento[10]. Il tribunale aggiunge poi, quasi *ad abundantiam*, che «*[l]a questione perde comunque, in questo caso, rilevanza, una volta configurata l'esistenza della società di fatto,* holding *occulta del gruppo*».

La corte d'appello, pur intrattenendosi anch'essa sulla questione della possibile imputabilità del danno da direzione e coordinamento alla persona fisica, fa leva prevalentemente sulla circostanza che l'attività di *holding* sarebbe stata svolta dalla società di fatto, con ciò riconducendo la posizione della società di fatto pacificamente nell'alveo dei soggetti, non persone fisiche, potenzialmente responsabili *ex* art. 2497 c.c. Si registra peraltro qualche sbavatura, quando la sentenza si riferisce all'attività svolta dalla persona fisica come attività svolta «*quale* holder *individuale*» che si è però «*avvalso dello strumento della società di fatto*», un "avvalersi" che riecheggia semmai un rapporto di mandato (la figlia come mandataria) e non sembra compatibile con la presenza di *affectio societatis*[11]; e anche dal punto di vista fattuale la decisione si incentra sul compimento di atti in nome proprio da parte della persona fisica-imprenditore individuale[12].

Vale, infine, la pena di ricordare che, sebbene dal punto di vista concettuale vi sia una chiara distinzione tra esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (da parte di una persona fisica o di una società di fatto) su una o più società (come nel caso di specie) da un lato e, dall'altro, l'esistenza di una società di fatto tra quelle persone fisiche e le società del "gruppo", le condotte che danno luogo a pronunce di un tipo o dell'altro sono sovente analoghe. Per reprimere tali condotte – di abusiva commistione di patrimoni, trasferimenti da una società all'altra al fine di pregiudicare i creditori, e simili –, infatti, la giurisprudenza, specie dopo la riforma del diritto societario, che ha ammesso in linea generale la possibilità che una società di capitali sia socia di società di persone (art. 2361 c.c.), ricorre talvolta alla figura della "super-società di fatto", ovverosia a una società di fatto tra le società e le persone fisiche che le dominano. Si tratta peraltro di una figura che presenta significativi problemi, fra cui quello per cui è difficile scorgere l'*affectio societatis* in una società che viene dominata e usata come strumento (per perpetrare abusi) dalle persone fisiche che la controllano[13].

10 Sul punto v. *infra*, par. 3.

11 Sul punto v. un cenno *infra*, par. 6.

12 V. per es. il paragrafo (non numerato) in cui la sentenza in commento si intrattiene sui requisiti per la configurabilità della *holding* personale.

13 Sulla super-società di fatto v., anche per ampi riferimenti, Fimmanò, *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fall.*, 2009, p. 90 ss. nonché Fimmanò, *Art. 2497, commi 3-4*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di Sbisà, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2012, pp. 144-156 (ove considerazioni sul carattere contermino dei rimedi della responsabilità risarcitoria da abuso e del fallimento della super-società di fatto); più in generale Abete, *L'insolvenza del gruppo e nel gruppo*, in

3 Il debito per danni direzione e coordinamento e la sua riferibilità alla persona fisica

Nel loro percorso argomentativo il tribunale e la corte d'appello affrontano diverse questioni, alcune delle quali per nulla pacifiche. In primo luogo, e condivisibilmente, il tribunale e la corte (nel caso della corte si è però visto trattarsi di argomento secondario) escludono che vi sia alcun limite alla possibilità di configurare un'attività di direzione e coordinamento in capo alla persona fisica, come alcuni argomentano dal testo dell'art. 2497 c.c. (che si riferisce a «società od enti»), indipendentemente dall'intento del legislatore storico (che così cambiò l'espressione "chi", che sicuramente comprendeva anche le persone fisiche)[14].

In realtà, dal testo dell'art. 2497 c.c. si poteva, al limite, dedurre l'impossibilità di configurare una *responsabilità* da abusiva direzione e coordinamento in capo alla persona fisica, non certo l'impossibilità che una persona fisica potesse esercitare attività di direzione e coordinamento: la giurisprudenza è, come si è riferito, saldamente nel senso della piena ammissibilità di una persona fisica-*holding* (e della sua possibile soggezione al fallimento, in quanto imprenditore). Il tribunale deve però intrattenersi sul punto perché l'insolvenza, nel caso di specie, derivava proprio dall'impossibilità di fare fronte al debito risarcitorio da abuso di attività di direzione e coordinamento. In altri termini, se non fosse stato applicabile l'art. 2497 c.c., allora – se si fosse seguito il ragionamento del tribunale,

Fall., 2009, p. 1111 ss. In giurisprudenza v. di recente Trib. Milano, 30 settembre 2013, in *Società*, 2014, p. 816, con nota di Attanasio, *Riflessioni sull'ammissibilità di una società di fatto tra persone fisiche e giuridiche*; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 63, con nota di Guerrera, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria* (l'A. – p. 64 – evidenzia il rischio che il ricorso eccessivo a questa figura comporti «un pericoloso spostamento dell'asse del sistema dei rimedi dalla responsabilità "risarcitoria" alla responsabilità "patrimoniale"»); Trib. Palermo, 14 ottobre 2012, in *Società*, 2013, p. 392, con nota di Hamel, *Il fallimento di società di fatto tra società di capitali*; App. Catanzaro, 30 luglio 2012, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 433, con nota di Spiotta, *Società di fatto o «del fatto compiuto»?* (nella nota – pp. 440-444 – v. le considerazioni sul problema della compatibilità della configurazione di una società di fatto cui partecipi una società di capitali e la disciplina delle partecipazioni *ex* art. 2361 c.c.). V. anche Trib. Bari, 20 novembre 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 319, con nota di Dell'Osso, *cit.* (solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 147, co. 5, l. fall., per non prevedere la possibilità di estendere il fallimento alla società occulta e ai suoi soci quando l'imprenditore che appare all'esterno non è un «imprenditore individuale», come recita testualmente la norma, ma una società).

14 Sul tema della responsabilità da direzione e coordinamento v. in particolare Valzer, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011 e Benedetti, *La responsabilità "aggiuntiva"* ex *art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012 (entrambi favorevoli alla responsabilità della persona fisica-*holding*); v. poi specificamente sul tema Prestipino, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 105 ss.; Fimmanò, *Art. 2497, commi 3-4*, cit.

basato sull'individuazione di un imprenditore individuale e solo poi di una società occulta, in applicazione dell'art. 147, co. 5, l. fall. – non vi sarebbe stato un credito della massa dei creditori delle controllate verso la *holding* e, quindi, non solo non vi sarebbe stata legittimazione dei curatori istanti, ma neppure insolvenza. La corte d'appello, invece, osserva che la preoccupazione è irrilevante, una volta ricondotta l'attività di direzione e coordinamento alla società di fatto (con un fallimento, quindi, dichiarato ai sensi del co. 1, non 5, dell'art. 147 l. fall.).

I giudici di Venezia, dunque, fanno applicazione della giurisprudenza che si può ormai dire consolidata, sia di legittimità, sia di merito, questa volta con una particolarità in grado di superare uno dei più gravi limiti della tesi secondo cui l'attività di *holding*, essendo attività d'impresa, può condurre al fallimento di chi esercita tale attività, se insolvente.

Il problema che si aveva nella declaratoria di fallimento della *holding* era l'individuazione di *quali fossero* i debiti di cui la *holding* dovesse rispondere: e questi venivano individuati in quelli assunti direttamente dalla *holding* (persona fisica), e così debiti per garanzie, per versamenti, ecc.; tanto che si chiedeva che l'attività della *holding* fosse svolta *in nome proprio* della *holding*, circostanza molto difficile a verificarsi.

Il fallimento, essendo solo uno strumento per l'attuazione della responsabilità, non migliorava la condizione dei creditori delle società dominate se non nella misura in cui, facilitando l'attuazione della responsabilità patrimoniale per quei creditori verso cui la *holding* fosse coobbligata, venisse "alleggerito" il passivo fallimentare delle società dominate.

Qui la situazione è diversa. L'art. 2497 c.c. offre lo strumento per far "risalire" la responsabilità patrimoniale al livello superiore, ovviamente nei limiti in cui ricorrano i presupposti della responsabilità per abuso di direzione e coordinamento. Questo consente di incrementare il patrimonio destinato ai creditori delle società controllate per effetto del sorgere di un credito risarcitorio verso chi ha esercitato, abusandone, attività di direzione e coordinamento, arrecando pregiudizio a questi creditori.

4 Attività di direzione e coordinamento e impresa *holding*

È evidente, però, che l'attuazione della responsabilità non richiede necessariamente il fallimento di chi, esercitando attività di direzione e coordinamento, sia debitore del credito risarcitorio. Si pone qui la necessità di distinguere tra mera attività di direzione e coordinamento, quale inerente all'esercizio delle prerogative del socio di controllo, e svolgimento dell'attività di *holding*, che è attività d'impresa, in quanto svolta professionalmente e in modo organizzato; in difetto, se qualsiasi attività di direzione e coordinamento fosse da considerarsi, anche se svolta da una persona fisica, un'attività d'impresa (in quanto attività di gestione di partecipazio-

ni), allora dovrebbe discendere che, sussistendo i requisiti dimensionali, qualsiasi persona fisica potrebbe astrattamente essere dichiarata fallita per il solo fatto dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Il discrimine verrebbe affidato solo al requisito dell'insolvenza, anziché incentrarsi sui requisiti propri per qualificare l'attività come d'impresa.

Ma questo ragionamento (che pur sembra leggersi tra le righe della sentenza di primo grado), non può essere seguito, pena la quasi inevitabile sovrapposizione tra il piano della responsabilità *ex* art. 2497 c.c. e quello della "imprenditorialità" e, quindi, fallibilità.

È necessario, quindi, distinguere tra diverse graduazioni nella qualificazione della persona fisica al vertice di un "gruppo":

(a) se vi è mero controllo, ma non attività di direzione e coordinamento, non vi è né impresa (né quindi fallibilità) né possibile responsabilità *ex* art. 2497 c.c.;

(b) se vi è attività di direzione e coordinamento, ma nulla di più, si è probabilmente al di fuori dell'ambito dell'impresa ma si è nel campo di applicazione dell'art. 2497 c.c.: con conseguente possibile responsabilità, ma senza soggezione al fallimento;

(c) se vi è attività di *holding*, in quanto l'attività di direzione e coordinamento è svolta in modo organizzato e professionale, vi è impresa[15], e vi può essere anche responsabilità *ex* art. 2497 c.c., con possibile soggezione al fallimento qualora vi sia insolvenza, che può derivare da *(i)* obbligazioni assunte in proprio dalla *holding* (es., garanzie, finanziamenti) o di cui debba comunque rispondere; *(ii)* danni di cui la *holding* debba rispondere *ex* art. 2497 c.c. (o ad altro titolo).

Con riguardo a quest'ultimo caso, diviene essenziale individuare il carattere organizzato dell'attività svolta dalla persona, o dalle persone, che svolgono l'attività di direzione e coordinamento. Si tratta di un aspetto al quale non è dedicato speciale approfondimento né da parte della sentenza in commento né da quella di primo grado da essa confermata. Si fa riferimento a un'attività svolta per mezzo delle strutture societarie dominate[16],

15 Sulla definizione dell'attività di *holding* di partecipazioni e sulla riferibilità dell'attività a una persona fisica v. i diversi commenti alla sentenza sul caso Caltagirone (cfr. nt. 2) e in particolare quelli di Galgano, *L'oggetto della* holding *è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 401 ss.; Libonati, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica in forma d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, p. 552 ss., partic. pp. 556-557; Rondinone, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale*, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 366 ss.; v. poi Gliozzi, Holding *e attività imprenditoriale*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 522 ss.; De Angelis, *L'impresa* holding*, l'impresa di gruppo o il gruppo di imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, p. 417 ss., ivi a pp. 428-431.

16 La sentenza di primo grado tocca la questione degli strumenti per l'esercizio dell'attività in due punti, senza che emerga mai espressamente il tema dell'organizzazione: essa riferisce

diversamente da quanto accadde proprio nel caso Caltagirone, in cui l'elemento dell'organizzazione in capo a chi esercitava l'attività di *holding* era stato positivamente accertato[17]; e anche nella giurisprudenza successiva si fa riferimento alla necessità di una «*stabile organizzazione*»[18].

I giudici di Venezia ritengono, dunque, che ricorra il caso *(c)*, e si sia quindi in presenza di una vera e propria attività imprenditoriale riferibile a una società di fatto (o a un imprenditore e a una società occulta) e che questa sia insolvente, con conseguente dichiarazione di fallimento della società e dei suoi soci. Si tratta di una soluzione molto invasiva ma, in generale, apprezzabile, perché consente di offrire protezione ai creditori pregiudicati dalle distrazioni infragruppo e dalle altre operazione di "spostamento" dei guadagni verso l'alto che lasciano le perdite nelle controllate e, più in generale, da tutti i comportamenti pregiudizievoli posti in essere dalla capogruppo. I naturali destinatari sono soprattutto i creditori che non sono in grado di tutelarsi al meglio da sé e, tra questi, soprattutto i creditori fiscali e previdenziali, le cui pretese nascono in base alla legge e non da atti volontari[19].

Nel caso in commento, il tribunale aveva quantificato il danno – sia ai fini del vaglio della legittimazione degli istanti, sia ai fini dell'accertamento dell'insolvenza della società di fatto-*holding* – in misura pari ai passivi

del fatto che «*[l]a prosecuzione dell'attività imprenditoriale di Graziano Poles e l'attività di direzione e controllo dello stesso e della* holding *occulta si sono realizzate tramite l'utilizzazione di una serie di società*» e poi, analogamente, «*attraverso l'articolato complesso di mezzi delle società del gruppo, che il Poles, di diritto o di fatto, per la maggior parte amministrava, disponendo delle società e dei loro conti come un* unicum *indistinto, e di cui spende anche il nome*». La sentenza d'appello affronta, invece, il tema espressamente, ma anche qui sembra accontentarsi dell'uso delle strutture delle società eterodirette («*tale attività risulta essere stata svolta a mezzo di una stabile organizzazione costituita dagli immobili del gruppo siti in Eraclea, ove ha sede Immo.daria s.r.l., e, da ultimo, dalla società La piscina Srl, sorta sulle ceneri di Graziano Poles costruzione piscine S.r.l., la quale opera con organizzazione di mezzi anche pubblicitari ed avvalendosi di un timbro che … viene utilizzato anche da Poles Graziano*»).

17 Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, cit., nel riferire il contenuto della sentenza d'appello rileva che questa aveva accertato «*l'esistenza di organizzazioni personali del tutto indipendenti dagli apparati amministrativi e produttivi delle società di capitali, organizzazioni che, sul piano strutturale, traevano la loro autonomia dall'appartenenza esclusiva ai singoli falliti dei fattori materiali e dalla dipendenza diretta dagli stessi del personale con mansioni amministrative e tecniche*»; la Corte ritiene, nell'esame dei ricorsi, che «*[dovesse] darsi per ammesso che ciascuno dei due fratelli disponesse di un'organizzazione stabile, di mezzi e di persone […], organizzazione di cui ciascuno del sig.ri Caltagirone si avvaleva per lo svolgimento di una serie di attività elencate nella sentenza della Corte di merito*».

18 Così per es. Cass., S.U., 29 novembre 2006, n. 25275, cit., sia nella massima sia nella motivazione.

19 Nella sentenza in commento, peraltro, si fa riferimento alle «*banche che avevano concesso finanziamenti dietro prestazione di fideiussioni [dei tre "soci di fatto"], rivelatisi poi essere privi di beni immobili per averli ceduti*» a una delle società eterodirette, di cui la figlia era unica socia: situazione, questa, nella quale il sistema revocatorio parrebbe approntare una tutela più che sufficiente, persino in assenza di insolvenza.

fallimentari delle società ricorrenti, con una valutazione che non è oggetto di peculiare attenzione da parte della corte. Questo criterio di commisurazione del danno riecheggia quello adottato dalla vecchia giurisprudenza in materia di responsabilità degli amministratori e, come non era condivisibile in quella sede (ed è stato superato dall'evolversi della giurisprudenza)[20], così non lo è in questa. Il danno, infatti, dovrebbe essere pari *(a)* a quella parte di passivo che non sia stato possibile pagare per effetto delle distrazioni e degli spostamenti patrimoniali illegittimi (non solo ovviamente mediante spostamento di denaro, ma anche mediante – per esempio – l'uso di personale delle controllate a vantaggio e per il profitto della *holding* o di altre società del gruppo) e, forse, *(b)* anche il danno da aggravamento del passivo[21].

5 La legittimazione *ex* art. 6 l. fall. del creditore di credito illiquido e la tutela dei fallendi (e falliti)

Un problema solo marginalmente affrontato nella decisione, e che è invece centrale, specie in combinazione con il profilo della tutela dei fallendi, è quello della legittimazione ad agire delle curatele delle società eterodirette. Il curatore della società eterodiretta, infatti, si legittima in questo caso in base a una pretesa risarcitoria, un credito cioè illiquido e, per definizione contestato. La sussistenza della legittimazione ad agire *ex* art. 6 l. fall. del titolare di un credito contestato è conclusione prevalente in giurisprudenza, ma che merita un esame attento, in considerazione del venir meno dell'iniziativa officiosa. L'abolizione dell'iniziativa d'ufficio ha, infatti, reso di grande importanza l'accertamento del credito del ricorrente: nel caso il credito sia ritenuto insussistente, viene meno la legittimazione e, anche se ci fosse insolvenza, il fallimento non potrebbe essere dichiarato[22]. Vi è

20 Per una panoramica sulla giurisprudenza in materia v. ARATARI, IANNACCONE, in ARATARI, IANNACCONE, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, Torino, 2013, p. 183 ss.

21 V. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 51 ss., sulla possibilità di coinvolgere la società che esercita direzione e controllo nella responsabilità per l'aggravamento del dissesto (ivi considerazioni sulla responsabilità per *wrongful trading*); sul danno *ex* art. 2497 c.c., con particolare riguardo al caso dell'azione esercitata dal curatore fallimentare (e ai rapporti con l'azione dei soci) v. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 395 ss., partic. pp. 418-421 e 427-428. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. comm.*, che ho potuto consultare per la cortesia dell'autore.

22 Sulla necessità di accertare l'esistenza del credito ai fini del vaglio della legittimazione a chiedere il fallimento, v. Cass., 4 luglio 2013, n. 16751 (parzialmente *obiter*, perché era venuto meno lo stesso creditore istante, essendosi cancellata la società ricorrente dal registro delle imprese); Cass., S.U., 23 gennaio 2013, n. 1521 (sufficiente l'accertamento incidentale del

un rischio – una cui possibile materializzazione traspare anche nelle sentenze del caso in commento, specie con riguardo alla posizione della figlia dell'imprenditore, per quanto è possibile evincere dalle decisioni – che il fallimento divenga una scorciatoia che eviti delicati accertamenti di fatto[23].

credito da parte del giudice, «*all'esclusivo scopo di accertare la legittimazione dell'istante*»: caso di credito di una banca per mutuo fondiario, contestato in giudizio da parte del debitore; la sentenza è nota soprattutto per le sue affermazioni in tema di concordato preventivo); Cass., 18 novembre 2011, n. 24309 (la circostanza che il creditore ricorrente avesse ottenuto un sequestro conservativo non è di per sé sufficiente; nel caso di specie, si trattava di una allegata responsabilità per danni da rovina di edificio *ex* art. 1669 c.c.); Cass., 11 febbraio 2011, n. 3472, in *Fall.*, 2011, p. 1193, con nota di Rolfi, *Accertamento del credito e legittimazione attiva* (afferma esplicitamente la rilevanza, ai fini della legittimazione, anche di crediti non liquidi né esigibili; nel caso di specie, si trattava però dell'azione di regresso dei fideiussori, non di crediti risarcitori); Cass., 18 novembre 2010, n. 23338. Nella giurisprudenza di merito Trib. Monza, 8 maggio 2012 in ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 7181 (2012); Trib. Torino, 8 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, p. 235 (solo m.) (legittimazione del socio di s.n.c. ancora non escusso, in considerazione del possibile credito di regresso). Si confronti questa giurisprudenza per es. con Cass., 24 maggio 1968, n. 1585, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1844, secondo cui si può prescindere dall'accertamento della reale esistenza del credito vantato dall'istante poiché il fallimento può pur sempre essere dichiarato d'ufficio.

Si noti che i casi giurisprudenziali in cui si afferma la legittimazione del creditore di crediti illiquidi o inesigibili hanno riguardo a crediti non liquidi né esigibili, ma comunque di fonte contrattuale. La sufficienza di un credito inesigibile non è, peraltro, unanimemente condivisa: v. per es. De Santis, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, p. 36 ss. In giurisprudenza v. Trib. Cagliari, 4 gennaio 2010, in `ilcaso.it`, Sez. Giurisprudenza, 2257 (2010) (caso in cui era pendente il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo chiesto e ottenuto contro la società fallenda); e v. Auletta, *Articolo 6*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, Artt. 1-63, p. 124 ss., circa il fatto che il concetto di "legittimazione" del creditore *ex* art. 6 l. fall. è diverso da quello del giudizio civile, nel quale è sufficiente la mera affermazione della titolarità del diritto, occorrendo un accertamento del tribunale sul punto; in senso analogo Fabiani, *Artt. 6-7*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio, Fabiani, Bologna, 2006, I, pp. 110-112; Cavalli, *La dichiarazione di fallimento*, in *Il fallimento*, a cura di Ambrosini, Cavalli, Jorio, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da Cottino, XI, Torino, 2009, p. 153 ss. Diversamente per es. Rolfi, *cit.*, p. 1197 ss., il quale, pur affermandosi consapevole della necessità di distinguere la legittimazione *ex* art. 6 l. fall. dalla legittimazione dell'attore nel processo civile, in realtà manifesta il convincimento che sia sufficiente che il creditore fornisca un *fumus* del suo credito per affermarne la legittimazione; soluzione probabilmente accettabile, e pragmatica, per evitare che la contestazione del credito dell'istante possa fornire una facile difesa per il fallendo, ma che non si attaglia allo stesso modo ai casi in cui il credito sia del tutto illiquido e litigioso com'è quello per risarcimento del danno *ex* art. 2497 c.c.

23 In materia di azione revocatoria ordinaria (per il parallelismo con la legittimazione *ex* art. 6 l. fall. v. anche Fabiani, *op. cit.*, p. 111) è noto che, fino alla decisone di Cass., S.U., 18 maggio 2004, n. 9440, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2267, si fronteggiavano l'indirizzo secondo cui, nel caso l'attore fosse titolare di un credito litigioso, era necessario sospendere l'azione revocatoria *ex* art. 295 c.p.c. fino all'accertamento definitivo del credito, e quello – poi prevalso, con apprezzabile ragionevolezza – secondo cui l'accertamento del credito poteva essere fatto in via incidentale. La giurisprudenza (v. Cass., 14 settembre 2007, n. 19289) però, afferma la natura intrinsecamente condizionale all'esistenza del credito dell'accoglimento dell'azione revocatoria e prende in espressa considerazione l'ipotesi in cui, a seguito del vittorioso esperimento dell'azione revocatoria, il preteso creditore soccomba invece nel giudizio di accertamento del suo credito: non solo l'azione revocatoria diviene inutile, perché manca il

In un contesto di crediti illiquidi di questo tipo, si porrà poi un non trascurabile problema di tutela dei falliti, posto che l'accertamento del credito avverrà in sede di insinuazione nel passivo: la difesa del patrimonio fallimentare sarà quindi affidata a persone nominate normalmente dallo stesso tribunale che ha dichiarato il fallimento sulla base dell'accertamento della sussistenza di quei crediti.

È un problema comune a ogni accertamento del credito, ma che diventa molto più grave per crediti che richiedono indagini di grande complessità e delicatezza, in cui una difesa tecnica e un vero contrasto di interessi (difficile a riscontrarsi tra curatori nominati dal medesimo tribunale) possono incidere in maniera determinante sull'esito della lite (si pensi soltanto alla possibile prova dei "vantaggi compensativi"). Il limitatissimo intervento del fallito (che «*può chiedere di essere sentito*» in sede di udienza di verifica, ai sensi dell'art. 95, co. 4, l. fall., e che non può impugnare l'ammissione dei crediti)[24] non è certo un presidio sufficiente. La struttura stessa del procedimento – anche in fase di opposizione o impugnazione dei crediti ammessi – è poi di per sé inadatta a liti che richiedono una istruttoria complessa, che può richiedere non solo una quasi obbligatoria consulenza tecnica d'ufficio, ma anche l'assunzione di prove costituende.

credito in base al quale procedere ad esecuzione, ma le spese di lite eventualmente liquidate in favore del creditore agente in revocatoria devono essere restituite. Non accadrebbe nulla di tutto questo, invece, se dopo la dichiarazione di fallimento emergesse che il credito, in realtà, non esiste: il debitore, all'unica condizione che fosse al tempo insolvente, rimarrebbe fallito. Ciò dimostra che, ancorché incidentale, l'accertamento del tribunale in sede di istruttoria prefallimentare deve essere pieno.

24 La giurisprudenza esclude che la mancata previsione di un potere in capo al fallito di impugnare i crediti ammessi al passivo sia costituzionalmente illegittima, in considerazione dell'efficacia meramente endofallimentare dell'accertamento (efficacia ora espressamente sancita dall'art. 96, co. 6, l. fall.): v. Cass. 13 settembre 2006, n. 19653, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1856, con nota di Fabiani, *Accertamento del passivo: la partecipazione del fallito al nuovo procedimento* e in *Fall.*, 2007, p. 287, con nota di Ferri, *Il fallito nella nuova disciplina della verifica dei crediti: esclusione di poteri processuali di proporre domande ed eccezioni, difetto di legittimazione all'impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo* (nella nota di Fabiani, *cit.*, redatta quando era in vigore l'art. 99 l. fall. così come riformulato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e prima della sua ulteriore modifica ad opera del "decreto correttivo", d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 – formulazione che prevedeva la notificazione dell'impugnazione anche al fallito – alcune osservazioni sul mutamento del quadro normativo complessivo con riguardo alla posizione del fallito nell'accertamento del credito); la sentenza conferma la validità della giurisprudenza costituzionale anteriore (cfr. Corte cost., 29 aprile 1992, n. 205; Corte cost., 13 luglio 1984, n. 222); in termini analoghi, con riguardo alla carenza di legittimazione a proporre ricorso per cassazione, Cass., 25 marzo 2013, n. 7407 (ord.); Cass., 29 marzo 2012, n. 5095. Anche queste due decisioni si richiamano a quei precedenti, pur in un contesto istituzionale ormai significativamente diverso da quello nel quale erano maturate le pronunce della Corte costituzionale.

6 Altre questioni: l'accertamento dell'*affectio societatis*. Il decorso del termine annuale *ex* art. 10 l. fall. per le società non iscritte

Si è accennato poco sopra che un profilo non pienamente soddisfacente della decisione in commento riguarda l'accertamento del vincolo sociale in capo alla figlia. Mentre i coniugi condividevano incarichi di amministrazione e partecipazioni sociali, la figlia entrò nel "sistema" di famiglia, a quanto si legge nelle sentenze, solo come socia delle due società in cui erano stati fatti confluire gli attivi delle società del gruppo, nonché come amministratrice di una di queste due. Pur nei limiti di quanto emerge dalla sentenza, non sembra potersi escludere che la figlia si fosse lasciata coinvolgere in virtù di *affectio familiaris*[25] piuttosto che *societatis*, come richiesto dalla costante giurisprudenza, anche in considerazione della sua giovane età (da questo punto di vista, non si comprende perché invece non vi sia stato esame delle posizioni delle due impiegate, apparentemente, in base alla lettura della sentenza, ben più coinvolte della figlia nella gestione del gruppo)[26]. Ovviamente, l'esclusione dal fallimento non avrebbe pregiudicato la possibilità di agire contro la stessa sia in base all'art. 2497, co. 2, c.c. (secondo cui «*[r]isponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio*»), sia con gli ordinari strumenti per consentire il recupero alla garanzia dei creditori della *holding* padre-madre anche dei beni fuoriusciti dal loro patrimonio e andati in favore della figlia[27].

La sentenza in commento, infine, aderisce all'orientamento giurispru-

25 Se non per timore reverenziale nei confronti del padre, come tuttora talvolta accade in alcuni contesti socio-culturali; onde il tribunale avrebbe dovuto verosimilmente indagare anche sugli effettivi rapporti tra genitori e figlia (indagine, invece, inutile in un contesto di responsabilità civile, nel quale la mera colpa è sufficiente).

26 In generale sull'accertamento dell'esistenza di una società di fatto v. Marulli, *Il contratto di società di persone*, in *Le società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, Torino, 2014, pp. 242 ss., ove ampi riferimenti (v. in part. pp. 261-262 circa la prova del vincolo sociale tra membri della famiglia). In giurisprudenza v. per es., di recente, Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, in *Giur. it.*, con nota di Morino, Affectio societatis *e* affectio familiaris *fra società apparente e società di fatto*; nella sentenza si osserva che «in caso di società di fatto che si assuma intercorrente fra consanguinei, la prova della esteriorizzazione del vincolo deve essere particolarmente rigorosa, occorrendo che essa si basi su elementi e circostanze concludenti, tali da escludere che l'intervento del familiare possa essere motivato dalla *affectio familiaris*», v. anche Cass., 20 marzo 2012, n. 4380; Cass. 26 luglio 1996, n. 6770, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 160 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 996, con nota di Usai, *In tema di prova di società apparente tra consanguinei* (la decisione discorre di società apparente, ma in realtà tratta della prova della società di fatto).

27 Il rapporto di parentela è un elemento indiziario significativo e ricorrente ai fini della *scientia damni* nell'azione revocatoria: v. per es. Cass., 29 maggio 2013, n. 13447 (si tratta di giurisprudenza costante).

denziale secondo cui l'art. 10 l. fall. si applicherebbe anche alle società non iscritte nel registro delle imprese, con decorrenza dal momento in cui la cessazione dell'attività d'impresa è resa conoscibile ai terzi o comunque da questi conosciuta[28]; opinione, questa, maggioritaria ma non pacifica[29]. La sentenza però, rigetta l'argomento in punto di fatto, ritenendo che non vi fosse stata cessazione di attività imprenditoriale.

7 Conclusioni

La sentenza è frutto di una convergenza tra diritto dell'impresa e fallimentare, da un lato, e diritto dei gruppi, dall'altro. Il tribunale applica la disciplina dell'abuso dell'attività di direzione e coordinamento in ambito fallimentare, giungendo a risultati interessanti dal punto di vista della repressione delle condotte fraudolente anche dal punto di vista civilistico (dal punto di vista penale, infatti, molte delle condotte addebitate ai soci della *holding* sarebbero state comunque penalmente rilevanti). Il rischio è quello di eccedere nella repressione; c'è da auspicare che la giurisprudenza non rinunci a un rigoroso accertamento sia dell'ammontare del debito risarcitorio, sia dell'esistenza del vincolo sociale.

Questa decisione si può collocare nell'importante, e apprezzabile, tendenza, sia del legislatore, sia della giurisprudenza, a trovare forme di tutela particolari per i creditori "involontari", come si dice usando un'espressione

28 V. Cass., 28 agosto 2006, n. 18618, in *Giur. it.*, 2007, p. 117, con nota di Bertolotti; in *Fall.*, 2007, p. 294, con nota di Zanichelli, *Società irregolari: cessazione dell'attività e dichiarazione di fallimento*; in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 246, con nota di Conedera, *La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese alla luce delle modifiche intervenute nell'art. 2495 cod. civ. e l'applicabilità dell'art. 10 l. fall. alle società di fatto* (il termine annuale si applica anche alle società non iscritte nel registro delle imprese e decorre dal momento in cui detta cessazione sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o comunque sia stata dagli stessi conosciuta; nella specie, il termine viene fatto decorrere dall'atto notarile di trasferimento dell'azienda); Cass., 13 marzo 2009, n. 6199, in *Società*, 2009, p. 729 (solo m.) e in *Fall.*, 2009, p. 1350 (solo m.) (*obiter*, perché nel caso di specie la s.d.f. non era mai stata cancellata neppure dall'albo delle imprese artigiane); Cass., 7 maggio 2010, n. 11111 (sembrerebbe richiamare un principio di effettività nella verifica della cessazione dell'impresa anche per le società, nella specie una s.n.c. che, cancellata d'ufficio dal registro delle imprese per decorrenza del termine – i fatti non sono del tutto chiari – aveva continuato le operazioni; la corte censura il giudice di merito che aveva ritenuto irrilevante la cessazione in fatto dell'attività imprenditoriale); Cass., 13 luglio 2011, n. 15428, in *Fall.*, 2011, p. 1407, con nota di Cataldo, *Pubblicità della cessazione dell'impresa e disciplina del fallimento successivo*; Cass., 8 novembre 2011, n. 25217 (imprenditore individuale che aveva cambiato, e non cessato, attività d'impresa). Sul punto v. anche Cetra, *Fallimento della fondazione e art. 10 l. fall.*, in *Fall.*, 2012, p. 725 ss.

29 V. in particolare Ibba, *Il fallimento dell'impresa cessata*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 936 ss., *ivi* a p. 950-951, che rileva come la legge preveda un obbligo di iscrizione e che l'imprenditore, individuale o societario, non iscritto può sempre far cessare questa sua soggezione a fallimento con l'iscrizione (dell'impresa e della sua cessazione).

nata nella dottrina anglo-americana. I creditori da fatto illecito e il fisco non possono essere messi sullo stesso piano dei creditori contrattuali, che entrano nella relazione volontariamente e hanno, o possono avere, tutti gli strumenti per tenere conto della rischiosità del loro debitore: dai più sofisticati *covenant* inseriti nei contratti finanziari all'opzione di andarsene che hanno i dipendenti se non viene pagato loro lo stipendio. L'applicazione della responsabilità *ex* art. 2497 c.c. sembra, invero, trovare il suo naturale campo elettivo specie nella tutela di quei creditori che non hanno scelto di diventare tali. La sua espansione alla zona dell'insolvenza, consentendo di estendere *ex* art. 2497 c.c. alla capogruppo la responsabilità per non aver preso misure adeguate a fronteggiare la crisi delle società controllate, può, peraltro, avere una importante funzione, che non sembra ancora adeguatamente esplorata, per ampliare la tutela dei creditori nelle situazioni in cui il rischio di comportamenti opportunistici dei soci e di adozione di decisioni inefficienti da parte degli amministratori è massimo.

Ricerche giuridiche
Vol. 3 – Num. 1 – Giugno 2014

ISSN 2281-6100

TRIBUNALE DI VENEZIA, 1 luglio 2014 –
Talamo *Giudice monocratico*

Fatto illecito – Lesione dell'onore e reputazione altrui – Responsabilità della parte processuale per la predisposizione di documentazione falsa – Sussistenza.
(Codice civile, artt. 2043, 2059)

Risponde a titolo di fatto illecito per lesione dell'altrui onore e reputazione la parte che predisponga una documentazione non veritiera, atta a far apparire verosimile una condotta illecita invero non tenuta dalla controparte e la produca in giudizio (nella fattispecie la documentazione era diretta a comprovare un inesistente falso commesso da un notaio).

(Omissis)

Motivi della decisione – Quanto alla domanda proposta dal convenuto avverso la parte attrice Y. SAS deve preliminarmente essere evidenziato come il convenuto X.X. attribuisca efficacia lesiva (della propria reputazione) all'azione attorea e ciò soprattutto in considerazione del fatto che Y. SAS ha ad esso attribuito – ledendone onore personale e reputazione professionale – condotta dolosa di falsa redazione di un atto ed il tentativo di "subornare" i Y.Y., ai quali avrebbe richiesto di sostenere la tesi esposta in questa sede giudiziale – così al fine di fare fronte comune in danno dell'attrice Y. SAS.

Deve poi, sempre in via preliminare, essere evidenziato come il X., al fine di far comprendere l'intensità della lesione subita per effetto della sola proposizione della domanda giudiziale, abbia allegato di essere soggetto noto, per ragioni lavorative, presso il Tribunale di Venezia (il Tribunale che oggi giudica).

Orbene, posto quando sopra, deve essere ribadito come la ricostruzione dei fatti offerta dalla parte attrice sia risultata non solo non rispondente a realtà ma anche prospettata sulla scorta di documentazione che è risultata essere stata appositamente predisposta; ed in tanto si sostanzia la prova della condotta – offensiva di onore (senso di sé) e decoro (immagine che dell'offeso gli altri hanno) – attribuita dal X. alla parte attrice.

Che l'azione esperita dalla Y. SAS abbia oltrepassato i limiti della critica legittima all'altrui operato (del X.) ovvero della interpretazione (giuridica) di norme ovvero della ricostruzione/interpretazione di vicende reali

(provando fatti e ricavando, desumendoli, fatti ignoti da fatti noti) la si ricava non tanto in considerazione dell'attribuzione di un fatto doloso al convenuto bensì e soprattutto in considerazione della predisposizione di documentazione atta a far apparire verosimile una condotta illecita invero non tenuta dal convenuto; simile comportamento non può che essere "sanzionato" in quanto volto a gettare in modo del tutto illegittimo discredito sull'altrui (del X.) operato. Una simile condotta, fuoriuscendo dall'ambito della difesa in ambito giudiziario, è certamente lesiva dell'altrui onore e reputazione questi essendo valori che, in quanto costituzionalmente garantiti, legittimano sempre la persona offesa, a prescindere dalla circostanza che il fatto integri o meno reato, a domandare il ristoro del danno non patrimoniale patito per effetto della loro mera aggressione.

Il danno extrapatrimoniale patito dal X. può essere liquidato, evidentemente in via equitativa, nella misura di € 20.000,00 ciò tenuto conto, innanzitutto dell'effetto intrinsecamente risarcitorio della presente pronuncia, della dimensione limitata dell'esposizione presso terzi della vicenda qui trattata e del fatto che la cifra appena menzionata sicuramente è in grado di far provare al danneggiato un sentimento positivo uguale e contrario al sentimento negativo provato per essere stato coinvolto nel presente giudizio.

Le considerazioni appena sopra esposte – anche alla luce delle precisazioni che il convenuto X. ha svolto nel prendere le conclusioni già in comparsa di costituzione e risposta – devono essere necessariamente estese ai Y.Y. la cui condotta processuale e, ancor prima, pre-processuale mediante la predisposizione del documento n. 10 e del documento n. 14 prodotto da Y. SAS, ha supportato l'azione intrapresa dall'attrice in danno del X. Ed infatti la condotta dei Y.Y. è sostanzialmente concorrente, e ciò ancor prima del loro intervento in giudizio, con quella tenuta dalla Y. SAS, avendo i Y.Y. alla stessa attrice fornito tanto il doc. 10 quanto, e soprattutto, il doc. 14 – la cui risalenza alla data dei fatti ben può essere esclusa alla luce delle superiori considerazioni – che parte attrice ha infatti utilizzato a supporto della ricostruzione dei fatti esposta in giudizio.

Da rigettare è, invece, la pretesa del X. nei riguardi dello X.Y. la cui responsabilità è dal convenuto ricondotta (solo) alla sua qualità di amministratore occulto ovvero di soggetto che ha tenuto condotte rilevanti ex art. 2320 c.c. (condotte la cui tenuta da parte del socio accomandante importa perdita del "beneficio" della responsabilità limitata). Benché, è evidente, lo X.Y. sia socio di rilievo (vista l'esperienza in rapporto all'oggetto sociale della SAS attrice) per la Y. SAS, di una simile ingerenza non vi è traccia significativa anche perché l'interessamento dello X.Y. nella vicenda della compravendita immobiliare dei locali dei Y.Y. trova ovvia giustificazione nel potere allo stesso X.Y. riconosciuto dall'atto costitutivo (doc. 15 att.) – come previsto in astratto dall'art. 2320, co. 2, c.c. – di autorizzare operazioni inerenti l'acquisto di immobili. È evidente quindi come

lo X.Y., senza per ciò perdere il beneficio della responsabilità limitata, abbia interagito con il X. ed i Y.Y. in funzione e allo scopo di autorizzare il perfezionamento dell'operazione di compravendita dei locali commerciali di cui qui si discute.

Da rigettare è, quindi, la domanda (così come proposta) avanzata dal X. nei confronti dello X.Y.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica definitivamente pronunciando ogni contraria e diversa deduzione disattesa,

- rigetta le domande proposte da Y. SAS di Y.Z. & C. in persona del legale rappresentante *pro tempore* avverso il convenuto X.X.;
- rigetta la domanda in garanzia proposta dal convenuto X.X. nei confronti della terza chiamata A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- rigetta la domanda proposta dal convenuto X.X. avverso il terzo chiamato X.Y.;
- in accoglimento della domanda (riconvenzionale) proposta dal convenuto X.X., condanna Y. SAS di Y.Z. & C. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, i fratelli Y.Y., in solido tra loro, a corrispondere in favore del convenuto X.X. la complessiva somma pari ad € 20.000,00 oltre ad interessi legali dalla data odierna fino all'effettivo saldo.

(Omissis)

Ricerche giuridiche, 3, 1, 2014, pp. 169-192 **ISSN 2281-6100**

La falsa predisposizione di documenti e la diffamazione processuale: una sentenza esemplare

Andrea Cecchetto
(Dottorando di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The author comments a recent decision of the Court of Venice summarizing the status quo of civil liability in the Italian legal system, focusing in particular on non-patrimonial damages caused by defamatory accusations. The trial represents an exemplary case of defamatory judgement, as of the completely unfair behaviour of the suitor.

1 Il caso

La pronuncia in commento riveste un'importanza peculiare, poiché illustra efficacemente un caso di condotta illecita diffamatoria consistita nella proposizione di un'azione di danni da responsabilità professionale non solo fondata su accuse inveritiere, ma altresì esperita in forza di documentazione artatamente predisposta allo scopo.

All'origine del contenzioso giudiziale vi era la compravendita di un immobile adibito a macelleria sito nel centro di Venezia: la Y. SAS intendeva rilevarlo dai proprietari per adibirlo a caffetteria, ma fin dalla stipulazione del contratto preliminare d'acquisto erano emerse problematiche in ordine all'esistenza di vincoli sul bene. Più precisamente, la società acquirente affermava che nelle trattative era stato concordato con i fratelli Y.Y., titolari della macelleria, di inserire dapprima nel preliminare una clausola che garantisse l'insussistenza di vincoli imposti dalle Belle Arti, e poi nel definitivo un'ulteriore clausola che salvaguardasse gli acquirenti da ulteriori vincoli urbanistici e/o normativi tali da pregiudicare l'utilità specifica che questi volevano trarre dall'immobile. Ruolo centrale nella definizione del programma contrattuale e nella sua stesura rivestiva il notaio X., che però a detta della Y. SAS avrebbe omesso l'inserimento di quella ulteriore clausola *supra* citata nel contratto definitivo facendo così venire meno la possibilità per gli acquirenti di ottenere ristoro dai fratelli Y.Y. del pregiudizio economico subito per la mancata destinazione del locale a caffetteria.

Di qui l'azione intentata dall'acquirente contro lo stesso notaio, che face-

va leva sulla responsabilità professionale di quest'ultimo e – finanche – ipotizzava una condotta addirittura dolosa del notaio avendo questi tentato, per non subire conseguenze, di convincere la parte venditrice ad asserire che in realtà il contratto definitivo rispondeva pienamente alla volontà comune delle parti così come era stato redatto.

La sentenza in commento tuttavia è interessante per quanto riguarda la domanda riconvenzionale proposta dal notaio convenuto nella sua comparsa di costituzione e risposta: a fronte delle accuse attoree di dolosa predisposizione di un atto non rispondente a quanto dichiarato e/o voluto dai contraenti e di illecita collusione con una delle parti, il notaio domandava (oltre naturalmente al rigetto della domanda principale dell'attrice) il risarcimento dei danni subiti per la lesione dell'onore e della propria reputazione professionale, sottolineando la natura diffamatoria di quelle accuse.

Orbene, il Giudice veneziano ha non solo rigettato la domanda di risarcimento svolta dall'attrice, ma ha altresì accolto quella riconvenzionale del notaio, sulla scorta di alcune fondamentali considerazioni: anzitutto, la versione dei fatti fornita dalla società attrice era tanto infondata quanto ingannevole, perché fornita sulla scorta di documentazione appositamente (ed è il caso di aggiungere anche "dolosamente") predisposta in accordo con i fratelli Y.Y., terzi chiamati in causa. Il Giudice ha ravvisato proprio in questa circostanza pre-processuale la condotta lesiva, e non, si badi, nell'esperimento in sé dell'azione.

È stato così riconosciuto al notaio il risarcimento del danno non patrimoniale subito, sulla scorta di un'accusa di falso in atti d'ufficio che si è in realtà ritorta contro la parte che quell'accusa aveva formulato.

Ma facciamo un passo indietro per analizzare la natura del danno risarcito e le sue peculiarità.

2 L'illecito aquiliano: dall'atipicità alle ipotesi di danno ingiusto

Come è ben noto l'ordinamento fissa una regola cardine dell'intero sistema nella c.d. responsabilità civile o aquiliana, in forza della quale qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (art. 2043 c.c.)[1]. È la clauso-

1 La bibliografia sull'illecito extracontrattuale è di tale vastità che si limiteranno i riferimenti ad alcune opere fondamentali, specie monografiche: cfr. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1 ss. e, sempre di GALGANO, il T*rattato di diritto civile*, Padova, 2009, p. 905 ss.; ALPA, BESSONE, *Atipicità dell'illecito*[1], Milano, 1977; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja Branca al Codice Civile, Articoli 2043-2059*, Bologna, 1993, nonché *Supplemento al Commentario Scialoja Branca al Codice Civile, Articoli 2043, 2056-2059*, Bologna, 2004; BIANCA, *La responsabilità*[2], Milano, 2012; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*[4], Milano, 2003 ed il contributo *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 19 ss.; PATTI, BUSNELLI, *Danno e responsabilità*

la generale della responsabilità civile, traduzione normativa del tralatizio principio *alterum non laedere*.

Perché si integri tale responsabilità occorrono alcuni specifici requisiti, e più precisamente:

– il fatto;
– l'illiceità o ingiustizia del fatto;
– la riconducibilità del fatto alla condotta del danneggiante (elemento oggettivo);
– l'imputabilità;
– il dolo o la colpa del danneggiante (elemento soggettivo);
– il nesso causale tra fatto ed evento dannoso;
– il danno.

La responsabilità, che si definisce extracontrattuale in contrapposizione all'illecito derivante dall'inadempimento di un'obbligazione, è connotata dall'atipicità: a differenza del diritto penale, l'ambito civilistico ha scelto di istituire una "clausola generale di responsabilità civile", lasciando al giudice la decisione di stabilire caso per caso se sia stata integrata la violazione del principio *neminem laedere*[2]. Chiaro indice di questa opzione prescelta dal legislatore italiano è la terminologia «danno ingiusto», ampia e al tempo stesso tale da ricomprendere una serie potenzialmente indefinita di illeciti, dimostrandosi utile strumento per la giurisprudenza. Naturalmente, parlando di ingiustizia si esula da qualsiasi connotazione etica poiché ciò che conta è l'essere *in ius* ossia *contra ius*: la violazione del diritto è per l'appunto ingiusta, anche se non basta la lesione di un semplice interesse, giacché occorre che l'ordinamento abbia scelto di tutelarlo giuridicamente[3].

C'è atipicità proprio quando non è la legge a valutare che un certo tipo di danno è ingiusto, conferendo piuttosto un ruolo preminen-

civile[2], Torino, 2003; VISINTINI, *Principi e clausole generali nella disciplina dei fatti illeciti*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1133 ss.

2 Cass., 8 luglio 2002, n. 9877, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3353: «La fattispecie dell'illecito civile di cui all'art. 2043 non costituisce una sanzione per la violazione di diritti soggettivi, ma è autonoma fonte del diritto di credito al risarcimento nei confronti del soggetto che, con attività contraria al diritto oggettivo, abbia cagionato un danno ingiusto, dovendosi qualificare tale il pregiudizio di qualunque interesse in qualche modo considerato dall'ordinamento».

3 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 927 ss. In specie, sull'irrilevanza della lesione di un mero interesse, p. 927: «Chi costruisce un edificio sul proprio terreno lede l'interesse dei vicini a godere della vista del panorama, ma non cagiona loro un danno ingiusto, perché il loro interesse a continuare a godere della vista del panorama non è giuridicamente protetto. Diverso è il caso di chi costruisca, in violazione del piano regolatore, dove non si può costruire: in questo caso l'interesse dei proprietari vicini a che non sorgano nuove costruzioni è giuridicamente protetto; e ciascuno dei vicini può chiedere il risarcimento dei danni subiti (art. 872, co. 2, c.c.)».

te all'apprezzamento del giudice[4]. La scelta conserva molti aspetti positivi, ancorché opposta rispetto ad altri sistemi di diritto continentale[5].

Dalla clausola generale della responsabilità civile discende pertanto un'ampia gamma di illeciti o danni *contra ius*, necessariamente connessa all'elaborazione giurisprudenziale. Se in principio si facevano coincidere tutela aquiliana e tutela dei diritti assoluti (perlomeno fino agli anni sessanta del secolo scorso)[6], successivamente si è affiancata la tutela della più ampia categoria dei diritti soggettivi (anche relativi[7]). A tutt'oggi, come anticipato, l'area del danno risarcibile è estesa fino a comprendere la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente protetto, con conseguente scissione del nesso tra tutela risarcitoria e diritto soggettivo[8].

In ogni caso l'art. 2043 c.c. non può essere interpretato quale norma secondaria, che sanziona un divieto da ricercarsi altrove: essa è una norma pienamente completa, che consta sia del divieto sia della conseguente sanzione. L'atipicità dell'illecito è però mitigata in una certa tipicità dell'interesse leso, che deve essere meritevole di tutela secon-

4 Cfr. su questa tematica anche la monografia di Alpa, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.

5 È il caso del sistema tedesco, dove si è invece percorsa la strada della tipicità dell'illecito: in particolare, sono tutelati i soli diritti assoluti. Il § 823 *BGB* dispone che «chi con dolo o colpa lede antigiuridicamente la vita, il corpo, la libertà o un altro diritto altrui è obbligato al risarcimento del danno da ciò derivato».

6 Galgano, *op. ult. cit.*, p. 929: per l'Autore questa convinzione «si muoveva dalla premessa che solo i diritti assoluti, cioè i diritti della personalità e i diritti reali sono diritti *erga omnes*, protetti nei confronti di chiunque; sicché solo la lesione di un diritto assoluto poteva consentire al suo titolare di agire per danni contro chiunque lo avesse leso».

7 È il caso della nota pronuncia nel caso Meroni, che affermò la risarcibilità della lesione del credito: Cass., 25 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1286, con nota di Busnelli.

8 Galgano, *op. ult. cit.*, p. 929. Cfr. anche Thiene, in *Commentario breve al codice civile*[10], diretto da Cian e Trabucchi, Padova, 2010, p. 2177 ss.: «La nozione di ingiustizia del danno è stata, dagli anni '60 in poi, il punto cruciale del dibattito sulla responsabilità extracontrattuale. Acquisito che l'ingiustizia si concretizza in caso di lesione di diritti soggettivi assoluti di carattere patrimoniale e non patrimoniale, ma non si esaurisce in queste ipotesi [...], lo sforzo della dottrina si è concentrato sulla configurazione del nostro sistema di responsabilità e sul significato del sintagma danno ingiusto [...]. Un orientamento, ravvisando nell'ingiustizia del danno una clausola generale attributiva di poteri creativi all'interprete, descrive il nostro come un sistema aperto, tale cioè da garantire l'ingresso di sempre nuove ipotesi di illecito e di pregiudizi risarcibili. Si consente in questo modo al giudice di adeguare il principio di responsabilità e il significato di ingiustizia del danno ai valori di una società in evoluzione e di conferire rilievo ad interessi emergenti dalla dinamica dei rapporti sociali ed economici [...]. Secondo un principio ormai acquisito in dottrina e in giurisprudenza [...], il giudizio di ingiustizia è intrinsecamente bilaterale, presentandosi come sintesi tra l'interesse leso dalla condotta dell'agente e interesse sotteso all'attività lesiva». Si segnala peraltro un diverso orientamento che preferisce definire il nostro sistema come permeato da una tipicità seppure evolutiva, negando l'opzione casistica.

do l'ordinamento giuridico, e non in base al mero arbitrio del giudice[9].

L'elaborazione giurisprudenziale costante ha progressivamente incluso nella categoria del danno ingiusto la lesione dei diritti della personalità, quale il diritto all'onore e alla reputazione oggetto della pronuncia in commento: se è vero che l'ambito dei diritti della personalità e quello della responsabilità civile sono pienamente autonomi, ciò non toglie che si sia verificato un sensibile avvicinamento in occasione della creazione giurisprudenziale di nuovi diritti della personalità (diritto alla riservatezza, diritto all'identità personale), avvenuta negli anni settanta e ottanta proprio sulla scorta del bisogno di una tutela inibitoria e risarcitoria[10].

Occorre aggiungere che la tutela di questi diritti fondamentali non è necessariamente connessa alla tutela penalistica[11]. Secondo l'art. 185 co. 2 c.p. il reato che abbia causato un danno patrimoniale o non patrimoniale obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che secondo le leggi civili rispondono per il fatto di lui: ciò esprime la diretta connessione tra illecito penale e civile, giacché il bene protetto dal divieto penale è anche un bene civilmente protetto nella vita di relazione[12]. Però, senza addentrarsi nella complessa materia del rapporto tra processo civile e processo penale, va detto che la tutela civilistica risponde a diversi criteri sia di diritto sostanziale (si pensi alla necessità di espressa sanzione del reato colposo contrapposta alla previsione generale di colpa del Codice Civile[13]), sia probatori (dal ragionevole dubbio al "più probabile che non").

9 Cfr. Franzoni, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 61 ss.

10 Franzoni, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 195.

11 È indirizzo consolidato in giurisprudenza che la liquidazione di tutti i danni non patrimoniali sia indipendente dal compimento di un reato, essendo sufficiente il solo illecito civile. Le pronunce sul tema sono molte ed il materiale giurisprudenziale vastissimo, qui è possibile fare un breve cenno alle ben note cd. sentenze di "San Martino", ossia Cass. SS.UU., 11 novembre 2008, nn. 26972-3-4-5. Si riporta in particolare un estratto dalla numero 26972, al paragrafo 3.13: «In conclusione deve ribadirsi che il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata "danno esistenziale", perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione (principi enunciati dalle sentenze n. 15022/2005, 11761/2006, 23918/2006, che queste Sezioni Unite fanno propri)».

12 Bianca, *op. cit.*, p. 623.

13 Sull'ulteriore diversità ontologica tra colpa penale e colpa civile, sempre Bianca, *op. cit.*, p. 624-625, nt. 139: «La formula codicistica che definisce colposo il reato quando l'evento, non voluto, si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia o per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (art. 43 c.p.) è letteralmente riferibile alla colpa civile, ma, in realtà, la nozione penalistica della colpa è generalmente intesa in senso essenzialmente soggettivo, implicando una valutazione di riprovevolezza che richiede, tra l'altro, la prevedibilità

Se da un lato il giudice civile può autonomamente valutare il ricorrere degli elementi costitutivi del reato per accogliere una domanda risarcitoria, dall'altro non ogni illecito civile può integrare la fattispecie di reato: ma non per questo va negata l'esistenza in quel caso della responsabilità civile.

Ciò premesso, quando si assume violato un diritto della personalità come nel caso di specie, è senz'altro onere della parte identificare gli elementi costitutivi dell'illecito e in particolare l'evento, che è elemento oggettivo fondamentale per la cui configurazione l'istante ha l'onere di dimostrare quale interesse sia stato leso[14]. L'evento del caso *de quo* era l'accusa di falsificazione e la conseguente azione giudiziaria, ma vedremo in seguito le conclusioni del Giudice veneziano.

3 (segue) Il diritto all'onore e alla reputazione professionale

Proprio l'evoluzione del diritto all'onore è indicativa dell'impiego della clausola generale dell'ingiustizia *supra* esaminata: fino agli anni cinquanta del secolo scorso la tutela dell'onore e della reputazione veniva demandata al diritto penale (artt. 594 e 595 c.p.: reati di ingiuria e diffamazione), mentre la tutela civilistica scattava, in forza del meccanismo accordato dall'art. 185 c.p., solo in caso di diffamazione (in quanto reato, quindi necessariamente dolosa) per lesione della reputazione morale dell'individuo[15].

In seguito, anche una diffamazione soltanto colposa (tale quindi da poter essere inquadrata unicamente nell'illecito civile) venne riconosciuta quale fatto ingiusto meritevole di tutela risarcitoria[16]: la ragione va ricercata nel carattere proprio dei diritti della personalità, importanti perché connaturati all'essere umano e alla sua vita di relazione nelle dinamiche sociali, diritti quindi cui l'evoluzione dell'ordinamento deve garantire tutela a fronte di sempre nuove possibilità di lesione.

Per definizione la diffamazione di una persona consiste nella lesione del suo onore[17]: l'onore è un'espressione dello *status* che la società riconosce

dell'evento giudicata dal punto di vista dell'agente [...]. Risulta quindi netto il distacco rispetto alla nozione civilistica, e si giustifica la soluzione normativa che non menziona la colpa tra gli elementi la cui esclusione in sede penale fa stato in sede civile».

14 Thiene, *op. cit.*, p. 2178.

15 Franzoni, *Supplemento al Commentario Scialoja Branca al Codice Civile, Articoli 2043, 2056-2059*, cit., p. 178. Cfr. peraltro Thiene, *op. cit.*, p. 2238: «Ai fini della risarcibilità del danno morale, non è necessario che l'illecito sia perseguibile sul piano penale, essendo sufficiente la configurabilità in astratto degli estremi di reato [...]. L'inesistenza di una pronuncia del giudice penale non costituisce impedimento nell'accertamento da parte del giudice civile circa la sussistenza degli elementi costitutivi del reato».

16 Cass., 13 maggio 1958, n. 1563, in *Giur. it.*, 1958, I, p. 1390.

17 Galgano, *op. ult. cit.*, p. 930.

ad una determinata posizione sociale in cui il soggetto si identifichi, conosciuto fin dalle società primitive e valore tipicamente relazionale giunto fino ai nostri giorni (tanto da far affermare a Montesquieu che l'onore è l'origine di ogni regime di tipo monarchico)[18].

In parte diversa e più ampia è l'accezione della reputazione: senza dubbio è un diritto della persona garantito dall'art. 2 cost., definibile come «il senso della dignità personale in conformità all'opinione del gruppo sociale, secondo il particolare contesto storico»[19]. In un certo senso ricomprende l'onore, ma si declina anche nella definizione di bene ed in quella di dignità: la reputazione è anzitutto un bene per chiara influenza dell'economia di mercato e di una visione individualistica della persona, suscettibile di valutazione economica; ma si identifica anche nella dignità, intesa come personalità del soggetto nella società secondo gli studi di Groffman[20]. Le tre concezioni di reputazione (onore, bene, dignità) non sono alternative, semplicemente rispondono a tre prospettive differenti che possono emergere nell'atto di verificare una lesione della reputazione e determinare quindi il *quantum* risarcibile.

Il rispetto e la deferenza dei consociati sono fondamentali, e spetta all'ordinamento perseguire le offese che possano ledere la dignità di ogni persona[21].

Ancor più importante, specie nel contenzioso giudiziale, è l'ulteriore distinzione tra reputazione personale e professionale: mentre la prima, qualora diffamata, danneggia la relazione del singolo con la collettività in un senso più generale, la seconda, in quanto tipica di un soggetto che opera in un determinato settore professionale e secondo le regole proprie di quell'ambito, designa un'accezione più ristretta della reputazione dell'individuo. La reputazione professionale in altre parole definisce la considerazione di cui gode il professionista/lavoratore nella cerchia degli operatori e clienti del suo settore lavorativo: nel nostro caso, il notaio convenuto ha lamentato proprio la lesione di questa sua particolare reputazione. È notorio che accusare una persona di predisporre atti falsi o più in genere falsificare documentazione ufficiale sia un'accusa che, se non comprovata, lede gravemente la reputazione di quel soggetto: se poi viene rivolta contro un professionista che per legge è chiamato proprio a garantire la conformità degli atti giuridici alle norme ed ai principi dell'ordinamento, si capisce

18 Benatti, *Il danno alla reputazione fra diffamazione e "falsa luce"*, in *Resp. civ. prev., Civile*, 2011, n. 8-9, p. 597 ss.

19 Cass., 20 ottobre 2009, n. 22190.

20 Benatti, *op. cit.*, p. 597 e Post, *The social foundations of defamation law: reputation and the constitution*, 74 Cal. L. Rev., 1986, p. 691 ss.

21 Si veda la sentenza statunitense del 1966 Rosenblatt v. Bauer, 383 US 75, 92, secondo la quale la tutela della reputazione riflette «*no more than our basic concept of essential dignity and worth of every human being, a concept at the root of any decent systems of ordered liberty*».

come venga minata alla radice la sua professionalità con un impatto lesivo potenzialmente mortificante.

Presupposto del danno alla reputazione quindi è la falsità di una notizia oppure un determinato comportamento (è il caso della sentenza in commento) aventi la capacità di ledere l'immagine del soggetto, fondandosi la tutela sull'idea di un gruppo di persone con valori stabili e condivisi. In particolare per la reputazione professionale del notaio, il danno è dovuto alla diffusione di notizie gravi non vere o a comportamenti che, tenuto conto delle variabili del caso specifico, possano essere ritenuti lesivi della sua immagine[22].

Mentre non è in discussione l'ingiustizia che deriva dalla lesione della reputazione, molto più complesso è il profilo della tutela risarcitoria conseguente alla responsabilità civile[23].

4 Il danno risarcibile per la lesione della reputazione: dai danni patrimoniali a quelli non patrimoniali

Quale dimensione riveste la patrimonialità del danno nella lesione della reputazione?

Utile è l'accezione di reputazione quale bene suscettibile di valutazione economica: la svalutazione dell'immagine (personale e professionale) è causa diretta di una diminuzione delle opportunità, poiché l'immagine influisce grandemente sulle chances di realizzazione economica della persona[24]. Per le stesse imprese commerciali, il valore e l'immagine del *brand* rivestono importanza cruciale nel mercato[25]. La reputazione professionale, in altre parole, consente un contatto più diretto con la dimensione economica, consentendo di quantificare in modo più preciso le conseguenze negative sull'attività lavorativa del soggetto danneggiato.

Così è anche per il professionista[26]: da un'accusa di falso in atti d'uf-

22 Benatti, *op. cit.*, p. 597-598.

23 Franzoni, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 196.

24 Benatti, *op. cit.*, p. 599.

25 Benatti, *op. cit.*, p. 599: «Nel sistema di *common law* la riflessione si è concentrata sulla nozione di "*goodwill*", definita per la prima volta nel 1810 come "la probabilità che i vecchi clienti continuino ad utilizzare il posto tradizionale". La tesi attuale la identifica nei vantaggi per l'impresa che sono indipendenti dal patrimonio e sono determinati dal luogo, dalle capacità, dalla qualità e soprattutto dalla reputazione, i quali determinano il mantenimento della posizione sul mercato e il suo eventuale miglioramento. [...] Una giurisprudenza uniforme ammette, ad esempio, in seguito a un danno alla reputazione, la concessione di un risarcimento di ammontare pari alla perdita di valore delle azioni della società, alla perdita del volume d'affari o alla diminuzione di crescita e di opportunità».

26 Benatti, *op. cit.*, p. 599: «Anche il pregiudizio all'immagine di un professionista, ad esempio, determina la perdita di avviamento, una minor propulsività sul mercato e inferiori *chances* e valore delle prestazioni».

ficio è logico dedurre che discendano pesanti ripercussioni sulla futura attività del notaio convenuto nella causa oggetto del presente contributo, nel senso di inferiori entrate economiche a seguito del discredito causato dalla gravità delle accuse.

Ciononostante, la valutazione del danno patrimoniale secondo i criteri degli artt. 2043 ss. c.c. non risulta pienamente agevole, in quanto prognostica e fondata su dati in buona sostanza insufficienti allo scopo[27]. Può giovare senz'altro il riferimento al volume medio d'affari del professionista (come dell'impresa), ma come unire questo dato all'effettiva valenza dannosa della condotta illecita?

Si pensi al seguente esempio: un'impresa commerciale viene ingiustamente accusata di immettere nel mercato prodotti non conformi agli standard di sicurezza vigenti in materia. A seguito dell'accusa, alcuni importanti clienti preferiscono non proseguire il rapporto economico con l'impresa e si rivolgono ad altri concorrenti; una volta verificata la falsità delle accuse, potrà senz'altro essere liquidato un danno patrimoniale pari al valore annuo degli introiti che derivavano dai rapporti con i clienti perduti (perlomeno con buona approssimazione), ma come risarcire il danno di immagine che potrebbe aver dissuaso nuovi potenziali clienti?

La giurisprudenza ha così intrapreso una strada utile a superare i rigidi vagli di controllo dei gradi successivi del processo: procedere ad una liquidazione del danno in via equitativa unificando danni patrimoniali e danni non patrimoniali. Il fondamento oggettivo dei danni economici patrimoniali scema fortemente per quanto riguarda quelli non patrimoniali, e questo per molteplici ragioni anzitutto probatorie.

Il danno alla reputazione investe intuitivamente i sentimenti più profondi dell'essere umano, quindi ciò che viene direttamente lesa dalla condotta diffamatoria è la serenità del soggetto: sofferenza e disagio sono pertanto dirette conseguenze del fatto illecito, ancorché di difficile valutazione economica. Non a caso l'art. 2059 c.c. che si occupa del risarcimento dei danni non patrimoniali è sempre stato al centro di ampio dibattito dottrinale e, negli ultimi due decenni, di un sensibile fermento giurisprudenziale.

In particolare, una sentenza del 2003 della Consulta[28] ha segnato una svolta fondamentale nella tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali e più in generale dei danni alla persona. L'art. 2059 è divenuto la norma deputata a risarcire il danno alla persona, imprimendo al sistema una

27 Cfr. anche Cass., 19 febbraio 2009, n. 4052 in materia di danno da perdita di *chances*. La prova di questo peculiare danno patrimoniale può essere raggiunta con un raffronto tra la situazione precedente alla lesione e quella successiva, tramite consulenze economiche di tecnici specializzati e finanche la comparazione con altri operatori del medesimo settore.

28 Si tratta della sentenza C. Cost. dell'11 luglio 2003, n. 233, che faceva seguito alle note pronunce della Cassazione nn. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003.

svolta bipolare[29]: il danno patrimoniale, causato dalla lesione di diritti ed interessi di natura patrimoniale, rientra nell'ambito dell'art. 2043 c.c., mentre il danno non patrimoniale, causato dalla violazione di valori inerenti alla persona umana, è tutelato precipuamente dall'art. 2059 c.c. e comprende tre categorie distinte[30]:

1) il tradizionale danno morale soggettivo;[31]
2) il danno biologico da lesione dell'integrità fisica e psichica della persona[32];
3) il danno (esistenziale) da lesione di interessi della persona di rango costituzionale[33].

In questa prospettiva, mentre l'art. 2043 disciplina i caratteri generali dell'illecito aquiliano, l'art. 2059 diviene norma di rinvio, che completa la disciplina dell'effetto risarcitorio stabilendo che il risarcimento del danno non patrimoniale deve essere accordato nei casi previsti dalla legge[34].

29 Astone, *Commento* sub *art. 2059*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da Schlesinger e Businelli, Milano, 2012, p. 103 ss.; cfr. altresì Thiene, *op. cit.*, p. 2234: «Per decidere se un danno sia da considerare patrimoniale o non, non si deve fare riferimento alla natura del bene o interesse che è leso dall'azione illecita, bensì alla conseguenza che da tale lesione deriva».

30 Si aggiunge peraltro che le tre categorie di danno non patrimoniale individuano le tre voci che concorreranno insieme e – soprattutto – unitariamente a determinare il *quantum* risarcibile, ossia il contenuto dell'unica obbligazione risarcitoria, scongiurando duplicazioni di voci di danno risarcibile (Astone, *op. cit.*, p. 105). Su questo vedasi *amplius* le citate sentenze di San Martino.

31 In altre parole le sofferenze e i patemi d'animo subiti dalla vittima a seguito dell'illecito. Secondo i primi risalenti arresti giurisprudenziali il danno non patrimoniale si identificava proprio col danno morale soggettivo.

32 Cfr. Thiene, *op. cit.*, p. 2236: «È opinione da tempo consolidata in giurisprudenza che nella nozione di danno biologico rientrino tutte le ipotesi di danno non reddituale, quindi anche vecchie figure di danno quali i danni estetici, quelli alla vita di relazione e i danni da riduzione della capacità lavorativa generica».

33 La subordinazione della tutela all'esistenza di apposita disposizione costituzionale che enunci e protegga il diritto leso è però un ostacolo potenziale sulla strada dell'ampliamento della risarcibilità: su questo tema si inserisce il dibattito sulla natura chiusa o aperta del catalogo dei diritti inviolabili della persona. Ancora con le parole di Astone (*op. cit.*, p. 129): «La prospettiva giurisprudenziale e casistica assume, quindi, un ruolo fondamentale per l'individuazione del rapporto tra diritti inviolabili e tutela risarcitoria. Nell'ambito di questo processo di progressiva evoluzione sociale e giuridica della persona umana […], altri diritti inviolabili sono stati individuati attraverso la lettura sistematica dell'art. 2 cost. con gli altri articoli della Costituzione: tra questi, il diritto all'onore, alla reputazione e alla riservatezza. […] L'elenco dei diritti inviolabili è, tuttavia, aperto a tutte quelle manifestazioni della persona umana che ruotano intorno ai valori della dignità e libertà umana, direttamente protetti dall'art. 2 cost.». Cfr. anche Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 89, ove si legge dell'art. 2 cost. come «luogo normativo sintetico della persona con i suoi attributi che non abbiano trovato più specifica protezione nella stessa Costituzione».

34 Cfr. Astone, *op. cit.*, p. 108-109: «Il combinato disposto degli artt. 2043 e 2059 c.c. con-

All'ampliamento della categoria del danno non patrimoniale è seguita una certa proliferazione delle richieste risarcitorie, tanto che ha assunto sempre più importanza la gravità dell'offesa concretamente rapportata alla situazione soggettiva tutelabile[35]. Sullo stesso binario si è posta la ribadita unitarietà del danno non patrimoniale[36].

In materia di art. 2059 l'*onus probandi* assume contorni leggermente più sfumati che non nell'art. 2043: pur dovendosi ritenere compresa nella domanda generica di risarcimento anche quella più specifica del risarcimento dei danni non patrimoniali, è principio consolidato che la lesione di una situazione soggettiva rilevante non è di per sé sufficiente per l'attivazione del rimedio risarcitorio, ma prelude alla verifica dell'esistenza in concreto di conseguenze pregiudizievoli. Restano quindi possibili valutazioni prognostiche e presunzioni, ma il danneggiato dovrà pur sempre allegare gli elementi oggettivi su cui basare tali giudizi[37].

Ciononostante, emerge spesso in giurisprudenza l'idea che il danno patrimoniale sussista *in re ipsa* nel caso di lesione dei diritti della personalità[38]: anche prescindendo da questo orientamento che deve ritenersi superato, va detto che corrisponde ad un dato di fatto affermare che, in presenza di lesioni gravi, l'onere probatorio viene ritenuto assolto con maggiore facilità[39].

sente di ricostruire una precisa regola: l'obbligazione risarcitoria, qualunque sia la natura del danno, è l'effetto che l'ordinamento giuridico ricollega ad un fatto illecito, che ha leso un interesse giuridicamente rilevante, e che ha prodotto un danno ingiusto. […] Anche il danno patrimoniale, così come quello di natura patrimoniale, va esaminato nella prospettiva della responsabilità civile e, soprattutto, va recuperato anche rispetto a siffatto tipo di pregiudizio il sintagma danno ingiusto». Quanto al criterio della previsione legislativa, cfr. Thiene, *op. cit.*, p. 2238: «Tradizionalmente l'ipotesi più rilevante di danni non patrimoniali è collegata alla previsione dell'art. 185 c.p. e, perciò, alla sussistenza di un reato».

35 Cfr. Astone, *op. cit.*, p. 137 ss.

36 Cfr. Castronovo, *op. cit.,* p. 93 ss. L'Autore ricorda peraltro, nella medesima prospettiva, il testo dell'art. 85 del Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti, che pure menziona la lesione dell'onore e della reputazione: «(1) L'obbligazione del risarcimento comprende tutti i danni, materiali e morali, cagionati dall'atto illecito. (2) In particolare, il giudice potrà attribuire un'indennità alla vittima, in caso di lesione della persona, di attentato all'onore o alla reputazione della persona o della sua famiglia, di violazione della libertà personale o del domicilio o di un segreto concernente la parte lesa. (3) Il giudice potrà ugualmente attribuire un'indennità ai parenti, agli affini o al coniuge a titolo di riparazione del dolore sofferto nel caso di morte della vittima».

37 Così sempre la citata sentenza della Consulta n. 233 del 2003.

38 *Ex multis,* Cass., 5 novembre 1998, n. 1103, Cass., 28 giugno 2006, n. 14977 e Cass., 30 agosto 2007, n. 18136.

39 Benatti, *op. cit.*, p. 600. Cfr. anche Franzoni, *op. ult. cit.*, p. 196: «Di recente la giurisprudenza soprattutto con riguardo agli atti lesivi dell'onore e della reputazione è giunta ad accordare tutela risarcitoria, senza pretendere dalla vittima una prova per molti versi quasi impossibile in ordine alla esistenza del danno». Similmente ancora Franzoni, in *Supplemento al Commentario Scialoja Branca al Codice Civile, Articoli 2043, 2056-2059*, cit.,

5 (segue) La funzione del risarcimento

Il Giudice veneziano ha accordato al notaio una somma specificamente a titolo di danno non patrimoniale, con ciò riconoscendo la lesione della reputazione a livello morale prospettata dal convenuto.

È utile soffermarsi sulla funzione del risarcimento del danno non patrimoniale: quella risarcitoria in senso tecnico andrebbe esclusa secondo la dottrina stante l'impossibilità di un'attività liquidativa improntata a rigorosi criteri economici; prevale la concezione per cui vi sia una duplice valenza del risarcimento[40]:

– satisfattoria, in modo da procurare al danneggiato un'utilità sostitutiva delle sofferenze patite[41];
– punitiva, con uno scopo insieme repressivo e di deterrenza, quasi avvicinandosi alla *ratio* classica delle disposizioni penali.

p. 179, ribadisce che: «In un sistema conformato da una logica eminentemente patrimonialistica, può non essere agevole che la persona lesa ottenga un risarcimento, specie quando il fatto non costituisca reato, dunque consenta tutela ai sensi dell'art. 185 c.p.» e p. 182: «Non occorre che le conseguenze dell'illecito debbano essere stimate patrimonialmente, poiché la forza dei diritti inviolabili è tale da comportare la nascita dell'obbligazione risarcitoria, pur in mancanza di perdite economiche in senso stretto. Per di più consente di evitare di dover ricorrere alla ambigua figura del danno *in re ipsa*».

40 Thiene, *op. cit.*, p. 2241.

41 La pronuncia in commento evidenzia il prevalere di questa funzione, come si legge alla p. 10: «Il danno extrapatrimoniale del R. può essere liquidato, evidentemente in via equitativa, nella misura di € 20.000,00 ciò tenuto conto, innanzitutto dell'effetto intrinsecamente risarcitorio della presente pronuncia, della dimensione limitata dell'esposizione presso terzi della vicenda qui trattata e del fatto che la cifra appena menzionata sicuramente è in grado di far provare al danneggiato un sentimento positivo uguale e contrario al sentimento negativo provato per essere stato coinvolto nel presente giudizio». Si noti l'inciso «evidentemente in via equitativa», dando per assodate le difficoltà nella liquidazione del danno non patrimoniale e il necessario ricorso al metodo equitativo. L'idea del sentimento «positivo uguale e contrario» si collega alle riflessioni svolte da Castronovo, *op. cit.*, p. 97-98: «Abbiamo menzionato Samuel Pufendorf, il quale commisura il risarcimento alla somma per la quale il danneggiato sarebbe stato disposto a sopportare il dolore che gli è stato cagionato. La formula non è accettabile in sé perché presuppone una liceità di simile scambio, che in generale nessun ordinamento consente; essa, poi, non sconta che il soggetto può rifiutarsi, a priori e a prescindere dal divieto dell'ordinamento, di cedere alcunché della sua integrità fisica; infine commisura il prezzo del danno a ciò che l'ammanco vale per il soggetto leso, mentre semmai quello che si dovrebbe tenere presente è il prezzo di un mercato che non c'è. È improprio perciò parlare di risarcimento, tant'è che nei codici più frequentemente si parla di riparazione o di indennizzo. Chiaramente l'inventore moderno del danno non patrimoniale con la sua formula traduceva l'essere (che viene a mancare) in avere, ma cadeva con ciò nel cortocircuito che i legislatori da sempre hanno voluto evitare». Ad ogni modo la funzione satisfattiva sembra prevalente rispetto a quella punitiva: la stessa pronuncia della Consulta n. 3 del 2003 (unitamente ad alcune pronunce della S.C. della fine degli anni novanta) ha ammesso che il cambiamento del quadro legislativo e giurisprudenziale sull'art. 2059 c.c. ha fatto perdere qualsiasi riflesso afflittivo allo strumento risarcitorio.

Altra dottrina ha prospettato una funzione solidaristica del risarcimento del danno non patrimoniale: qualora la lesione produca perdite non valutabili patrimonialmente, queste non sono suscettibili di compensazione ma possono essere riparate[42].

6 La condotta illecita nel caso di specie e il danno da diffamazione processuale

Tutto ciò premesso, nel caso oggetto della pronuncia in commento ricorre proprio un caso di risarcimento danni per responsabilità extracontrattuale da lesione dell'onore personale e della reputazione professionale.

Sono presenti tutti gli elementi *supra* analizzati:

- il fatto illecito, sul quale torneremo *infra*[43];
- il danno, qualificato e liquidato dal Giudice veneziano come «non patrimoniale» per lesione di un diritto personalissimo del notaio X.X.;
- il nesso di causalità tra condotta illecita e danno;
- l'imputabilità della condotta, addirittura per dolo, agli attori ed ai fratelli B. terzi chiamati in causa;
- la prova del danno: «al fine di far comprendere l'intensità della lesione subita per effetto della sola proposizione della domanda giudiziale, il X.X. ha allegato di essere soggetto noto, per ragioni lavorative, presso il Tribunale di Venezia»[44], con ciò facendo constare la lesività della falsa accusa subita dal notaio; si noti come vengano prospettati dal convenuto i semplici presupposti del risarcimento, non richiedendosi una specifica quantificazione del danno subito secondo quanto detto *supra* (cfr. § 4) in tema di *onus probandi*.

Ciò che più colpisce però sono le considerazioni del Giudice veneziano sulla condotta illecita: la prova della condotta viene ravvisata nel fatto che la ricostruzione prospettata da parte attrice sia risultata, all'esito del giudizio, artificiosamente suffragata da documentazione appositamente predisposta.

42 Franzoni, *op. ult. cit.*, p. 669 ss. v. anche p. 670: «Ciò sul presupposto che, nella comune considerazione, per garantire la solidarietà sociale nei rapporti interpersonali (art. 2 cost.), occorre tutelare l'interesse della persona di non vedere violata la sfera della propria personalità o la possibilità di realizzarla in futuro, dunque di non subire la perdita della qualità della vita. [...] Quella somma di denaro non intende ridare alla vittima il controvalore della perdita, ciò sarebbe impossibile; ma intende consegnarle una somma che le consentirà di vivere meglio». Per un approfondimento sulle varie teorie in materia di funzione del risarcimento, cfr. sempre Franzoni, *op. ult. cit.*, p. 681 ss.

43 Si noti che il Giudice veneziano sottolinea l'irrilevanza che il fatto integri o meno reato ai fini del risarcimento del danno.

44 P. 9 della sentenza.

In altre parole, i limiti della critica legittima all'operato professionale del notaio (entro i quali non si avrebbe diffamazione) vengono evidentemente superati qualora la critica sia non solo del tutto pretestuosa ed infondata, anzi addirittura sostenuta in forza di documentazione (questa sì, non quella predisposta dal notaio) falsa.

C'è di più: viene sanzionata quindi non tanto la proposizione del giudizio con la relativa accusa rivolta contro il notaio, quanto aver corroborato quell'accusa dolosamente[45]. Fornendo le accuse di una falsa base fattuale, è stato instaurato un processo che non avrebbe dovuto tenersi: viene così sanzionata la condotta che ha reso possibile l'esposizione mediatica e la sofferenza da processo. Se il processo proprio non doveva esserci, la condotta dannosa è quella a monte dello stesso.

L'intera vicenda assume così i contorni di una vera e propria "diffamazione processuale": l'illecito è stato commesso tramite un comportamento complesso (predisposizione di falsa documentazione, instaurazione del giudizio) che ha causato risonanza mediatica negativa per il convenuto e lesione della sua reputazione professionale.

In realtà, nonostante il notaio abbia correttamente sottolineato di essere soggetto conosciuto nel foro veneziano, appare non dimostrata la divulgazione dell'esistenza di quel giudizio all'infuori delle parti processuali, elemento fondamentale per riconoscere un effettivo danno da esposizione mediatica. L'accusa, stante la segretezza dell'istruttoria processuale, non dovrebbe aver avuto modo di essere divulgata all'esterno, o perlomeno il contrario non è stato dimostrato in giudizio: né la cerchia delle parti pare poter essere sufficiente a costituire un gruppo di persone sufficientemente ampio da influire sulla gravità della diffusione dell'accusa. Detto che l'accertamento del Giudice sul punto è necessariamente meno importante che in un giudizio penale, ciononondimeno la questione permane tanto che nella stessa sentenza si dà conto della «dimensione limitata dell'esposizione presso terzi della vicenda qui trattata»: è plausibile quindi che sia prevalso l'intento sanzionatorio di una condotta così palesemente contraria ai ca-

45 Cfr. ALPA, BESSONE, *La responsabilità civile*[3], Milano, 2001, p. 271 ss. per una panoramica sulla diversa incidenza di dolo e colpa nell'illecito aquiliano, in specie p. 277: «Non vi sono nel sistema situazioni soggettive difese o difendibili già in partenza contro un tipo prefissato di colpevolezza; il giudizio di ingiustizia è appunto la fase in cui giungere, attraverso il vaglio comparativo degli opposti interessi, alla scelta del comportamento di cui la vittima poteva pretendere l'osservanza» e *infra* p. 279: «Infine, tra gli altri contrassegni dell'area del dolo, mette conto sottolineare la tendenziale attenuazione delle distanze che dividono altrimenti i risultati della valutazione giuridica e del giudizio morale; una minor disomogeneità, culturale e pratica, fra le risposte del diritto civile e del diritto penale; il venir meno di qualsiasi ragione per mobilitare, con strumenti giuridici o economici, la funzione distributiva della responsabilità; la semplificazione degli obiettivi cui deve mirare un'eventuale decisione equitativa; la particolare accentuazione che riceve il principio dell'*alterum non laedere*; la rinuncia alle tentazioni panoggettivistiche per quanto concerne il ricorso, anche qui pur legittimo, al termine di "fatto" illecito, o la nozione stessa di comportamento».

noni minimi di buona fede e correttezza, tenuto altresì conto della elevata lesività potenziale di un procedimento civile.

È comunque corretto, stanti queste premesse tratte dalla sentenza, affermare che vi è stato un abuso del diritto all'azione processuale riconosciuto e tutelato dalla nostra Costituzione: il notaio ha subito un vero e proprio "danno da processo", perché il comportamento diffamatorio si è concretizzato – a partire dall'attività preparatoria - nel processo (cui l'attività preparatoria stessa era finalizzata). Si impongono pertanto alcune considerazioni conclusive sulla responsabilità processuale.

7 Alcune considerazioni sulla responsabilità processuale

La condotta processuale della parte attrice, connotata negativamente dalla dolosa preordinazione di documenti a suffragio della propria ricostruzione dei fatti oggetto di causa, è del tutto contraria ai principi fondanti del processo civile.

In specie, l'art. 88 c.p.c. prescrive al primo comma che «le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità»: invero, lealtà e probità sono del tutto assenti nel caso di specie, anche se resta da chiedersi quali conseguenze possano verificarsi in seguito alla violazione di questa norma.

Il dovere *de quo* è un limite alle regole che governano il processo, una sorta di canone guida del giudizio[46] o vera e propria regola di gestione: in generale, con le riforme del 2006 e del 2009 il legislatore ha scelto di perseguire la cd. "moralizzazione" del processo civile, prendendo atto che un'incisiva riforma della giustizia civile non può limitarsi ad intervenire unicamente su singoli istituti processuali – pur centrali –, ma deve altresì dettare disposizioni tali da fornire un modello di comportamento delle parti nel processo[47].

Non è dato sapere, nel caso di specie, il ruolo svolto dai difensori di parte attrice nella condotta illecita, posto che la società che ha agito in giudizio – in quanto parte – resta pienamente soggetta al dovere di comportamento prescritto dall'art. 88 c.p.c. Quanto agli avvocati, potrà semmai darsi luogo all'applicazione del secondo comma dell'articolo citato.

In concreto, oltre alle conseguenze probatorie prescritte dall'art. 116, co. 2, c.p.c., l'agire sleale rappresenta senz'altro un elemento per la pronuncia di responsabilità aggravata *ex* art. 96 c.p.c., posto che qui ricorre

46 Cfr. Nappi, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*[5], a cura di Consolo, Milano, 2013, p. 970: «È lasciata alla abilità ed alla accortezza di ciascuna delle parti la possibilità di utilizzare tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento per far valere gli elementi ad esse favorevoli, ma ciò possono fare comportandosi secondo buona fede».

47 Nappi, *op. cit.*, p. 974.

l'ulteriore requisito dell'integrale soccombenza della parte scorretta.

Secondo autorevole dottrina, in questo caso nel quale l'intero giudizio è stato instaurato e condotto nella consapevolezza di avere torto, è più corretto riferirsi proprio a questa seconda disposizione normativa[48].

L'elemento materiale dell'illecito sanzionato dall'art. 96 c.p.c. è lo svolgimento di un'attività processuale (o dell'intero procedimento): se è pur vero che ai sensi dell'art. 24, co. 1, cost. «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», e che di norma quindi *qui iure suo utitur, neminem laedit*, anche l'esercizio dei diritti di agire e resistere in un giudizio civile può essere fonte di responsabilità per fatto illecito. Ciò quando, per definizione, lo stare in giudizio «abbia luogo oltre i limiti propri della sua funzione, risolvendosi pertanto in un abuso»[49].

L'art. 96 stabilisce che ricorre abuso processuale in presenza[50]:

1) di un presupposto oggettivo: la completa e totale soccombenza di una parte;
2) di una condizione soggettiva della parte soccombente, che deve aver tenuto una condotta caratterizzata da mala fede o colpa grave.

In particolare, la giurisprudenza tende a non distinguere particolarmente questi due elementi psicologici, inquadrandoli nella complessiva categoria di lite temeraria. C'è altresì unanimità in dottrina sulla riconducibilità del-

48 Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori, Commentario UTET*, I, 2, Torino, 1973, p. 963. Infatti mentre l'art. 88 contempla l'eventuale slealtà nel modo tecnico con cui la parte compie i singoli atti del processo, consentendo di sanzionare anche la parte vittoriosa, l'art. 96 riguarda proprio l'utilizzo illecito dell'intero processo (cfr. Nappi, *op. cit.*, p. 976).

49 Finocchiaro, *La funzione punitiva del danno esistenziale da lite temeraria*, in *Giur. it.*, 2006, p. 2127. Vedi anche p. 2132: «La finalità ultima dell'istituto della responsabilità aggravata è di evitare abusi del processo che si ripercuotono sulla funzionalità e sull'efficienza del sistema giustizia. In definitiva la previsione della condanna al risarcimento del danno per lite temeraria è rivolta alla realizzazione del principio di economia processuale, il quale: 1) da un lato, risulterebbe tradito ove fosse necessaria la celebrazione di un processo a cognizione piena per l'applicazione della sanzione stabilita dall'art. 96 (sarebbe, infatti, assurdamente contradditorio che, al fine di evitare lo svolgimento di processi radicalmente infondati, ogni qualvolta ne sia instaurato uno, la legge imponesse di coltivarne un altro ulteriore); 2) dall'altro lato, subisce immediatamente un *vulnus* per il mero fatto che una parte agisca o resista in giudizio con malafede o colpa grave». Cfr. Bianca, *op. cit.*, p. 775 ss.: «La norma processuale che sancisce la responsabilità di chi agisce o resiste con dolo o colpa grave tutela l'interesse del soggetto a non subire azioni o resistenze processuali infondate, e identifica per ciò stesso una posizione di diritto soggettivo». Cfr. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 1176: «L'interesse dello Stato ad una corretta e leale dialettica processuale, e soprattutto all'utilizzo dello strumento processuale per soli fini di giustizia, impone che le parti non pieghino la funzione giurisdizionale per scopi personali ed illeciti. Lo Stato, nel caso di specie, garantisce l'esatta osservanza di queste regole, ponendo una sanzione civile indiretta contro il trasgressore […]. In tal modo si realizza una finalità punitiva e contestualmente si soddisfa la vittima con il risarcimento».

50 Finocchiaro, *op. cit.*, p. 2128.

la fattispecie ad un'ipotesi speciale di responsabilità extracontrattuale[51].

Considerato che il caso in esame consente di desumere il dolo[52]della parte che ha instaurato l'azione contro il notaio (nonché la dolosa collusione dei terzi chiamati), si noti che non vi è stata condanna *ex* art. 96 da parte del Giudice veneziano: invero, la domanda non era stata formulata dal convenuto, posto che non soffre preclusioni e potrà essere proposta anche nei successivi gradi di giudizio[53]. Viene lecito tuttavia chiedersi se il Giudice avrebbe potuto condannare ugualmente i soccombenti, stante il terzo comma dell'art. 96 che prevede un'ipotesi di condanna anche d'ufficio «al pagamento a favore della controparte di una somma equitativamente determinata»: si tratta in questi casi del risarcimento del danno non patrimoniale subito dalla parte a causa della illecita turbativa processuale[54].

Si potrebbe rispondere considerando la condanna al danno da lite teme-

51 *Ex multis*, Bianca, *op. cit.*, p. 774 ss. Non è peraltro necessario che la parte lesa provi uno specifico danno, potendo essere desunto da nozioni di comune esperienza: il processo è un'esperienza della vita tale da ingenerare un notevole stress psicologico, quindi la dannosità di un giudizio pretestuoso o infondato (come quello oggetto del presente contributo) è considerata fatto notorio. Cfr. anche Gerbi, *Lite temeraria: dalle nozioni di comune esperienza alla liquidazione equitativa del danno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 329: «Corrisponde a nozioni di comune esperienza che il pregiudizio economico patito da chi sia stato ingiustamente costretto ad intraprendere o a subire un'azione giudiziaria vada ben oltre la condanna della controparte al pagamento delle spese di lite in suo favore. Infatti, vi è sempre uno "scarto fisiologico", sostiene il S.C., tra la liquidazione delle spese di lite operata dal giudice con sentenza sulla base delle tariffe di settore e quanto normalmente riconosciuto dal cliente al proprio difensore, in considerazione del rapporto fiduciario che li lega. [...] La parte che si vede ingiustamente costretta a ricorrere all'autorità giudiziaria o che viene trascinata in un'aula di tribunale dall'irragionevole condotta altrui, contraria ai principi generali di correttezza e buona fede, subisce, infatti [...] la grave violazione di un suo diritto fondamentale garantito dalla costituzione: il diritto di azione e di difesa. Tale danno non patrimoniale si manifesta, secondo il S.C., *sub specie* di lesione dell'integrità psico-fisica della persona». Ecco quindi che l'abuso del diritto di azione e difesa lede il medesimo diritto del soggetto costretto a subire un'azione processuale non improntata al canone della buona fede. Cfr. Franzoni, *op. ult. cit.*, p. 1176: «Il risarcimento del danno per le sofferenze ed i patemi, che anche una causa promossa in mala fede può cagionare, trova accoglimento solo nei limiti della sanzione civile indiretta quale è l'art. 96 c.p.c. Il dolore, pertanto, anziché costituire autonomamente il titolo della responsabilità ed originare il danno non patrimoniale, rientra tra gli elementi dei quali il giudice deve tenere conto in sede di valutazione equitativa del danno per avere temerariamente promosso o resistito in una controversia».

52 Cfr. Nappi, *op. cit.*, p. 1066 per la definizione della mala fede in questo ambito: «Consiste nella coscienza di operare slealmente, ovvero nella consapevolezza di avere torto, o di procedere contro le regole della forma e del tempo degli atti».

53 Cfr. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 2130.

54 Cfr. Bianca, *op. cit.*, p. 781. Sulla natura di questa specifica sanzione, si vedano Cass., 30 luglio 2010, n. 17902 e Trib. Varese, 30 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2011, p. 157 ss. Cfr. anche Vanacore, *Mala fede processuale rilevante ai fini della condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 305: «Non vi è dubbio, come rilevato dai più, che la disposizione adombri la creazione, nel nostro ordinamento, di un danno punitivo, ovvero di una pena pecuniaria irrogabile *ex officio*, ancorché da versarsi non già allo Stato bensì alla controparte».

raria assorbita dalla domanda riconvenzionale del notaio: asserendo che l'instaurazione del giudizio era un fatto illecito diffamatorio, il convenuto aveva già censurato la condotta della controparte circostanziando una lesione ben più specifica e dannosa di quella contemplata dall'art. 96 c.p.c. perché integrante a tutti gli effetti l'illecito diffamatorio. Se il giudice avesse provveduto alla condanna d'ufficio per responsabilità processuale, si sarebbero probabilmente posti degli interrogativi sulla duplicazione del danno risarcibile patito dal notaio, già ampiamente ristorato dall'accoglimento della propria domanda riconvenzionale.

Mancherebbe certo l'aspetto pubblicistico della sanzione, posto che è interesse anche dello Stato quello al corretto andamento del carico giudiziale complessivo: ma se si considera il mero aspetto economico – per cui la cifra oggetto di risarcimento spetta unicamente alla parte vittoriosa, non all'amministrazione pubblica – tale aspetto non sarebbe stato conseguito nemmeno con la condanna *ex* art. 96, co. 3, c.p.c.

In altre parole, questa peculiare fattispecie di diffamazione processuale costituisce un efficace esempio di condotta contraria a correttezza e buona fede quindi illecita, con la particolarità di coincidere con l'abusivo esercizio del diritto all'azione processuale: di fronte a questa condotta scorretta, il Giudice veneziano ha senz'altro ben operato nel riconoscere la sussistenza di un "danno da ingiusto processo".

Quaderni semestrali
del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia



Università
Ca'Foscari
Venezia